PUBLICAÇÕES
CGU

MANUAL DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

UMA PUBLICAÇÃO DA CORREGEDORIA-GERAL DA UNIÃO | CGU

Brasília • janeiro de 2021

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU
Setor de Autarquias Sul (SAS), Quadra 1, Bloco A,
Edifício Darcy Ribeiro, Brasília/DF CEP: 70070-905
cgu@cgu.gov.br

WAGNER DE CAMPOS ROSÁRIO
Ministro da Controladoria-Geral da União

JOSÉ MARCELO CASTRO DE CARVALHO
Secretário-Executivo

ANTÔNIO CARLOS BEZERRA LEONEL
Secretário Federal de Controle Interno

CLÁUDIA TAYA
Secretária de Transparência e Prevenção da Corrupção

GILBERTO WALLER JÚNIOR
Corregedor-Geral da União

VALMIR GOMES DIAS
Ouvidor-Geral da União

JOÃO CARLOS FIGUEIREDO CARDOSO
Secretário de Combate à Corrupção

Edição da Corregedoria-Geral da União

Atualizada pela Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos.

Atualizada até janeiro de 2021

Diagramação: Assessoria de Comunicação Social - Ascom / CGU

Copyright © 2021 Controladoria-Geral da União

Permitida a reprodução desta obra, de forma parcial ou total, sem fins lucrativos, desde que citada a fonte ou endereço da internet (http://www.cgu.gov.br/atividade-disciplinar) no qual pode ser acessada integralmente em sua versão digital.

A Corregedoria-Geral da União registra a contribuição dos seguintes servidores neste trabalho

COORDENAÇÃO GERAL DOS TRABALHOS:

Alexandre Cordeiro Macedo • Gilberto Waller Junior • Marcelo Pontes Vianna

EQUIPE TÉCNICA:

Aderson Mendes Matos • Alexandro Mariano Pastore • Anderson Teixeira do Carmo
André Luis Schulz • André Luiz Silva Lopes • Antônio Carlos Vasconcellos Nóbrega
Armando de Nardi Neto • Daso Teixeira Coimbra • Darcy de Souza Branco Neto
Edson Leonardo Dalescio Sá Teles • Elza Flávia de Pinheiro Teixeira • Érica Bezerra Queiroz Ribeiro
Gilberto França Alves • Gustavo Henrique de Vasconcellos Cavalcanti • Isabela Silva Oliveira
João Marcelo Neiva Pedatella • João Victor Iosca Viero • Jônia Bumlai Freitas Sousa
Larissa Samara Almeida de Carvalho • Laurent Nancym Carvalho Pimentel • Leandro José de Oliveira
Leone Napoleão de Sousa Neto • Lúcia Noriko Hanasiro • Luis Augusto Pacheco de Araújo
Luiz Henrique Pandolfi Miranda • Márcio de Aguiar Ribeiro • Marcus Vinicius Pinto Schtruk
Paula Araújo Côrrea • Raoni Parreira Maciel • Rodrigo Vieira Medeiros • Rafael Amorim de Amorim
Ricardo Carvalho Gomes • Roberta Cariús Siqueira • Stefanie Groenwold Campos • Walter Godoy Neto

REVISÃO FINAL:

Alan Lacerda de Souza • Aline Cavalcante dos Reis • Christiane de Castro Gusmão
Renata Ferreira da Rocha • Ricardo Augusto Panquestor Nogueira

ATUALIZAÇÃO:

Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos

NOTA À EDIÇÃO DE JANEIRO DE 2021

Nesta nova edição do Manual de Processo Administrativo Disciplinar estão contempladas duas alterações importantes ocorridas nos meses finais do ano de 2020, expressas no Parecer JL – 06 e no julgamento da ADI 2295.

O Parecer nº JL – 06, de 10 de novembro de 2020, vinculante, revê entendimento anterior da AGU em relação à aplicabilidade do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/1990.

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2295, julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal em 7 de dezembro de 2020, declara a inconstitucionalidade do disposto no parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112/1990.

CONTEÚDO

1. O SISTEMA DE CORREIÇÃO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL 11

2. NOÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR 14

2.1. LEGISLAÇÃO FUNDAMENTAL 14

2.2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS 15

2.2.1. Princípio do Devido Processo Legal 15
2.2.2. Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório 16
2.2.3. Princípio do Informalismo Moderado 17
2.2.4. Princípio da Verdade Real 17
2.2.5. Princípio da Presunção de Inocência ou de não culpabilidade 17
2.2.6. Princípio da Motivação 18

3. RESPONSABILIZAÇÃO 19

3.1. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA 19

3.2. RESPONSABILIDADE CIVIL 19

3.3. RESPONSABILIDADE PENAL 21

3.4. RESPONSABILIZAÇÃO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO 23

4. RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR 24

4.1. ABRANGÊNCIA OBJETIVA 24

4.1.1. Atos da vida privada 24
4.1.2. Irregularidades cometidas antes da aposentadoria, da exoneração ou da vacância decorrente de posse em outro cargo público 25

4.2. ABRANGÊNCIA SUBJETIVA 27

4.2.1. Manutenção das vinculações estatutárias do servidor público em férias, licenças ou outros afastamentos e conflito de interesses 29
4.2.2. Situação de servidores e empregados públicos cedidos 30
4.2.3. Agentes Públicos que não se sujeitam à abrangência da Lei nº 8.112/90 32

5. DEVER DE APURAR 36

5.1. CONHECIMENTO DO FATO SUPOSTAMENTE IRREGULAR 37

5.1.1. Denúncia anônima 38

5.2. OBRIGATORIEDADE DA APURAÇÃO 41

5.3. AUTORIDADE COMPETENTE 43

5.4. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE 44

6. PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES 47

6.1. PROCEDIMENTOS INVESTIGATIVOS 47

6.1.1. Sindicância Investigativa (SINVE) 52

6.1.2. Sindicância Patrimonial (SINPA) 54

6.1.2. Investigação Preliminar Sumária (IPS) 57

6.2. PROCEDIMENTOS ACUSATÓRIOS 58

6.2.1. Sindicância Acusatória (SINAC) 58

6.2.2. Sindicância Disciplinar para Temporários 63

6.2.3. Procedimento Disciplinar para Empregados Públicos 64

6.2.4. Processo Administrativo Disciplinar Sumário 64

6.2.5. Processo Administrativo Disciplinar (PAD) 66

7. PROCEDIMENTOS ESPECIAIS 68

7.1. PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO ÂMBITO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS 68

7.1.1. Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados 71

7.2. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO – PAR 75

7.3. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) 77

8. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – RITO ORDINÁRIO 82

8.1. FASES: INSTAURAÇÃO, INQUÉRITO (INSTRUÇÃO, DEFESA E RELATÓRIO) E JULGAMENTO 82

8.2. PRAZOS: CONTAGEM E PRORROGAÇÃO 84

8.2.1. Contagem 84

8.2.2. Prorrogação 85

8.2.3. Continuidade da Apuração 86

9. INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR 89

9.1. MOMENTO DA INSTAURAÇÃO 90

9.2. LOCAL DA INSTAURAÇÃO 90

9.3. COMPETÊNCIA PARA INSTAURAR O PAD/SINDICÂNCIA 94

9.4. AFASTAMENTO PREVENTIVO 95

9.5. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO 96

9.5.1. Requisitos formais essenciais 96
9.5.2. Publicação da portaria 98
9.5.3. Alcance dos trabalhos da comissão 100

9.6. COMISSÃO DE INQUÉRITO 101

9.6.1. Constituição da comissão de inquérito 101
9.6.2. Competência para designação dos membros da comissão de inquérito 101
9.6.3. Estabilidade dos integrantes da comissão 102
9.6.4. Pré-requisitos do presidente da comissão 105
9.6.5. Qualificações pessoais dos integrantes da comissão de inquérito 106
9.6.6. Designação de servidores 106
9.6.7. Designação do secretário 107
9.6.8. Início dos trabalhos da comissão 108
9.6.9. Atribuições dos integrantes da comissão 108
9.6.10. Impedimento e suspeição dos membros integrantes da Comissão de Inquérito 110
9.6.11. Relações de Parentesco 115
9.6.12. Obrigações de imparcialidade e independência dos membros integrantes da comissão disciplinar 117

9.7. PUBLICIDADE DO PROCESSO 120

10. INSTRUÇÃO PROCESSUAL 124

10.1. COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS 124

10.1.1. Notificação prévia 125
10.1.2. Intimação 128
10.1.3. Citação 131

10.2. SÚMULA VINCULANTE Nº 5 134

10.3. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA 137

10.3.1. Introdução 137
10.3.2. Valoração Probatória 138
10.3.3. Objeto e Indeferimento 139

10.3.4. Ônus Probatório 140
10.3.5. Cuidados Práticos 140
10.3.6. Diligências 141
10.3.7. Perícias 142
10.3.8. Testemunhas 144
10.3.9. Inquirição 149
10.3.10. Contradita 151
10.3.11. Acareação 151
10.3.12. Influência do acusado durante a colheita do depoimento 152
10.3.13. Demais formalidades 152
10.3.14. Interrogatório 153
10.3.15. Da Oitiva Fora da Sede 163
10.3.16. Realização de Videoconferência 164
10.3.17. Carta Precatória 167
10.3.18. Restrições à produção de provas no processo administrativo disciplinar 169
10.3.19. Prova Emprestada 181
10.3.20. Prova Indiciária 183
10.4. INDICIAÇÃO 185
10.4.1. Introdução e Características da indiciação 185
10.4.2. Elementos da infração disciplinar 187
10.4.3. Classificação em função do resultado 192
10.4.4. Erro de Tipo e Erro de Proibição 192
10.4.5. Princípio da Insignificância ou da Bagatela 193
10.4.6. Enquadramento das infrações disciplinares 194
10.4.7. Conflito aparente de normas 195
10.5. ENQUADRAMENTOS PREVISTOS NA LEI Nº 8.112/90 196
10.5.1. Descumprimento de Deveres 196
10.5.2. Infração às Proibições 205
10.5.3. Infrações sujeitas à pena de demissão previstas no art. 132 225
10.6. ENQUADRAMENTOS PREVISTOS NA LEI Nº 12.527/2011 260

11. DEFESA 266

11.1. CITAÇÃO 266

11.2. DEFESA ESCRITA 272

11.3. REVELIA 274

12. RELATÓRIO FINAL 278

12.1. REQUISITOS 278

12.2. PENALIDADES APLICÁVEIS 281

12.2.1. Penalidades Disciplinares: Advertência 285

12.2.2. Penalidades Disciplinares: Suspensão 287

12.2.3. Penalidades Disciplinares Expulsivas: Demissão, Cassação de Aposentadoria ou Disponibilidade e Destituição de Cargo em Comissão 290

12.3. REMESSA À AUTORIDADE INSTAURADORA 293

13. JULGAMENTO 294

13.1. DA COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO 294

13.2. CASOS DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DA AUTORIDADE JULGADORA 296

13.3. O VALOR DO RELATÓRIO PARA O JULGAMENTO 298

13.4. O ACUSADO SE DEFENDE DOS FATOS 300

13.5. JULGAMENTO OBJETIVO PARA AS PENAS CAPITAIS 304

14. RITO SUMÁRIO 308

14.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS 308

14.2. PROCEDIMENTO: ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS 309

14.3. PROCEDIMENTO: ABANDONO DE CARGO E INASSIDUIDADE HABITUAL 311

15. PRESCRIÇÃO 313

15.1. NOÇÕES GERAIS 313

15.2. INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL 313

15.2.1. Prescrição antes de instaurar o processo disciplinar – prescrição em perspectiva 318

15.3. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL 319

15.4. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL 325

15.5. PRESCRIÇÃO NA HIPÓTESE DE CRIME 326

15.6. ABANDONO DE CARGO 329

15.7. FATO PRESCRITO 332

16. INVALIDADES 334

16.1. GENERALIDADES 334

16.2. ESPÉCIES DE INVALIDADES 336

16.2.1. Nulidades 336

16.2.2. Anulabilidades 346

16.3. ATOS INEXISTENTES 351

16.4. MERAS IRREGULARIDADES 353

16.5. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE 355

16.6. PRINCÍPIO DO PREJUÍZO 358

16.7. PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS 360

16.8. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO MÉRITO 362

16.9. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL 363

16.10. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA 364

16.11. CONSIDERAÇÕES FINAIS 365

BIBLIOGRAFIA 366

1. O SISTEMA DE CORREIÇÃO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL

A Controladoria-Geral da União (CGU) foi criada no dia 2 de abril de 2001, pela Medida Provisória nº 2.143-31. Inicialmente denominado Corregedoria-Geral da União (CGU), o órgão teve como propósito original o de combater, no âmbito do Poder Executivo Federal, a fraude e a corrupção e promover a defesa do patrimônio público.

Quase um ano depois, o Decreto nº 4.177, de 28 de março de 2002, integrou a Secretaria Federal de Controle Interno (SFC) e a Comissão de Coordenação de Controle Interno (CCCI) à estrutura da então Corregedoria-Geral da União. O mesmo Decreto transferiu para a Corregedoria-Geral da União as competências de Ouvidoria-Geral, até então vinculadas ao Ministério da Justiça.

A Medida Provisória nº 103, de 1º de janeiro de 2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, alterou a denominação do órgão para Controladoria-Geral da União, assim como atribuiu ao seu titular a denominação de Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.O órgão teve outra alteração em sua nomenclatura, passando a ser intitulado Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), nos termos da Medida Provisória nº 782, de 31 de maio de 2017, convertida, por sua vez, na Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017, operando-se também, a partir desse novo marco normativo, a revogação da mencionada Lei nº 10.683, de 2003. A Lei nº 13.502/2017 foi revogada pela Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, por meio da qual foi alterada a nomenclatura do órgão para Controladoria-Geral da União – CGU.

De sua parte, o Decreto nº 5.683, de 24 de janeiro de 2006, alterou a estrutura da CGU, trazendo à Corregedoria-Geral da União (unidade integrante da CGU) uma estrutura para acompanhamento, fiscalização e orientação dos trabalhos correcionais. Além disso, também foi criada a Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI) – atualmente Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção (STPC) –, responsável por desenvolver mecanismos de prevenção à corrupção. Desta forma, o agrupamento das principais funções exercidas pela CGU – controle, correição, prevenção da corrupção e ouvidoria – foi efetivado, consolidando-as em uma única estrutura funcional.

A estrutura regimental da CGU foi novamente alterada por meio dos Decretos nº 8.109, de 17 de setembro de 2013, nº 8.910, de 22 de novembro de 2016 e, mais uma vez, foi reestruturada por meio do Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019. Dessa forma, aos órgãos específicos singulares da CGU mencionados acima foi acrescida a Secretaria de Combate à Corrupção. No âmbito da Corregedoria-Geral da União foram criadas a Diretoria de Gestão do Sistema de Correição do Poder Executivo federal, as Diretorias de Responsabilização de Entes Privados e de Responsabilização de Agentes Públicos.

A Diretoria de Gestão do Sistema de Correição do Poder Executivo (DICOR) auxilia o Corregedor-Geral da União nas atividades de gestão do SISCOR, de que trata o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, supervisionando, diretrizes e programas voltados à atividade correcional. Constituem objetivos da DICOR/CRG:

- garantir que o desempenho da atividade correcional pelos órgãos e entidades que compõem o Poder Executivo federal atenda aos padrões e às metas traçados pela CRG;
- propiciar eficiência, eficácia e efetividade às ações correcionais;
- promover o aperfeiçoamento da estrutura e da base normativa para o tratamento da matéria correcional;
- garantir que as apurações correcionais sejam realizadas com abrangência e profundidade adequadas, e dentro de prazo razoável de duração;
- buscar a regularidade formal das apurações, bem como a adequação das respectivas decisões;

- promover a observância das orientações emanadas pela CRG;
- avaliar da indicação dos titulares das unidades correcionais do SISCOR.

Para a realização destes objetivos, a DICOR é composta pelas seguintes coordenações: Coordenação-Geral de Admissibilidade Correcional – COAC; Coordenação-Geral de Acompanhamento de Processos Correcionais – COAP; e Coordenação-Geral de Promoção de Integridade do SISCOR – COPIS.

A apuração direta compreende as atividades desempenhadas pela CRG por meio de sua atuação subsidiária, na qualidade de Órgão Central do SISCOR, na instauração, avocação, condução e julgamento de processos que apuram supostas irregularidades praticadas em todo o Poder Executivo federal. Tanto na responsabilização de agentes públicos, quanto na responsabilização de entes privados, a apuração direta ocorre apenas em situações que se caracterizam rigorosamente pela relevância e complexidade da matéria. Tais funções são exercidas, respectivamente, pela Diretoria de Responsabilização de Agentes Públicos (DIRAP) e Diretoria de Responsabilização de Entes Privados (DIREP).

Para o cumprimento de suas diversas competências estabelecidas no Decreto nº 9.681/2019, a Corregedoria-Geral da União conta também com o Gabinete, a Coordenação-Geral de Modernização e Comunicação – CGMC; a Coordenação-Geral de Uniformização de Entendimentos - CGUNE; e a Coordenação-Geral de Informações Correcionais – CGCOR.

Em relação especificamente ao Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, a criação se deu pelo Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, o qual o constituiu de unidades voltadas às atividades de prevenção e apuração de irregularidades disciplinares, desenvolvidas de forma coordenada e harmônica.

A Corregedoria-Geral da União (CRG) exerce as competências de órgão central do sistema, conforme Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019. Há, ainda, as unidades seccionais, que atuam e fazem parte dos órgãos que compõem a estrutura dos Ministérios e suas entidades vinculadas (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista), com supervisão técnica da CRG.

Nesse sentido, a atividade de correição tem atuação preventiva e repressiva. Preventivamente, às unidades da Corregedoria-Geral da União compete orientar os órgãos e entidades supervisionados – não só em questões pontuais, como também por meio de ações de capacitação na área correcional –, e realizar inspeções nas unidades sob sua ingerência – o que permite visualizar, de um modo geral, a qualidade dos trabalhos disciplinares na unidade inspecionada e as estruturas disponíveis (física e de recursos humanos). Repressivamente, a Corregedoria-Geral da União realiza atividades ligadas à apuração de possíveis irregularidades disciplinares, cometidas por servidores e empregados públicos federais, e à aplicação das devidas penalidades.

Ademais, ao órgão central compete padronizar, normatizar e aprimorar procedimentos atinentes à atividade de correição, por meio da edição de enunciados e instruções; gerir e exercer o controle técnico das ações desempenhadas pelas unidades integrantes do Sistema, com a avaliação dos trabalhos e propositura de medidas a fim de inibir e reprimir condutas irregulares praticadas por servidores e empregados públicos federais em detrimento do patrimônio público.

A CRG também possui competência para instauração de procedimentos disciplinares em situações de inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem, da complexidade e relevância da matéria, da autoridade envolvida e da participação de servidores de mais um órgão ou entidade.

Às unidades seccionais, por sua vez, compete propor medidas para padronizar e aprimorar procedimentos operacionais relacionados às atividades correcionais; instaurar ou determinar a instauração de processos disciplinares; supervisionar os órgãos e entidades a elas submetidas, com o registro de dados e informações essenciais à apresentação dos resultados alcançados.

Os titulares das unidades seccionais devem ser servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, preferencialmente da carreira de finanças e controle, com nível superior de escolaridade. A indicação do titular das unidades seccionais demandará análise prévia do órgão central, conforme dispõe o art. 8º, parágrafo 1º, do Decreto nº 5.480/05.

2. NOÇÕES DE DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O Direito Administrativo Disciplinar é um ramo do Direito Administrativo, que tem por objetivo regular a relação da Administração Pública com seu corpo funcional, estabelecendo regras de comportamento a título de deveres e proibições, bem como a previsão da pena a ser aplicada.

O Direito Administrativo, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, "*é o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado*"[1]. Ou seja, não compete ao Direito Administrativo tratar da concepção do Estado, sua atividade legislativa, judicial ou social, objeto de estudo de outros ramos do Direito. Sua função é a organização interna da Administração Pública, sua hierarquia, seu pessoal, o funcionamento dos seus serviços e suas relações com os administrados.

Para bem executar as atividades que lhe são incumbidas, a Administração precisa de meios para organizar, controlar e corrigir suas ações. Surge, portanto, a necessidade de meios hábeis a garantir a regularidade e o bom funcionamento do serviço público, a disciplina de seus subordinados e a adesão às leis e regras dele decorrentes, o que, no conjunto, denomina-se Direito Administrativo Disciplinar.

O Direito Administrativo Disciplinar, como ramo do Direito Administrativo, possui relações com outros ramos do Direito, notadamente o Direito Constitucional, o Penal, o Processual (civil e penal) e o do Trabalho. Importante destacar que, se por um lado o Direito Administrativo Disciplinar possui interface com outros ramos do Direito, por outro não se pode confundi-lo com os mesmos. Como exemplo, mesmo se uma infração disciplinar fosse também considerada como crime, não se poderia tratar o ilícito administrativo da mesma forma que o penal, pois se aquele trata de um direito em regra disponível, este protege um direito indisponível, considerado mais relevante sob a luz do Direito, fundamentado em outras normas e princípios.

2.1. LEGISLAÇÃO FUNDAMENTAL

Na Administração Pública Federal, o processo administrativo disciplinar tem como base legal a Constituição Federal, e como principal regulamento a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em seus Títulos IV (do Regime Disciplinar, arts. 116 a 142) e V (do processo administrativo disciplinar, arts. 143 a 182).

Entretanto, a Lei nº 8.112/90 apresenta lacunas relativas ao processo administrativo disciplinar, que demandam integração por meio de outras legislações aplicáveis, com destaque para as seguintes:

a) Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei de Processo Administrativo) – regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Conforme inteligência do art. 69 desta lei, a aplicação de suas regras aos processos administrativos disciplinares será subsidiária, pois, sendo uma lei geral, incidirá no caso de omissão e sempre que não houver disposição específica na Lei nº 8.112/90;

b) Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa) – além de trazer disposições para responsabilizar, na via judicial, agentes públicos por atos de improbidade, com a consequente cominação das sanções possíveis, agrega aspectos específicos para o processo administrativo disciplinar, conceituando os atos de improbidade administrativa;

c) Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) – institui normas com a aplicação supletiva e subsidiária aos processos administrativos por força do art. 15 desse diploma;

1 MEIRELLES, 2011, p. 40.

d) Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) – estabelece normas em matéria de invalidação, interpretação e sanção para o direito administrativo nos arts. 20 a 30, que foram incluídos pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.

Ademais, deve-se registrar que diversos diplomas infralegais também têm relevância para as atividades de correição. Nesta direção, é oportuno mencionar novamente o Decreto nº 5.480/05, que regulamentou o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, bem como o Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005, que instituiu a sindicância patrimonial, instrumento processual que tem como escopo a apuração da eventual incompatibilidade entre o patrimônio do servidor e a renda por ele auferida.

2.2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Ao promover a responsabilização mediante processo administrativo disciplinar, se deve atentar não somente aos princípios básicos da Administração Pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal, mas, também, aos demais princípios acautelados. Desta forma, aos princípios setoriais expressos na Carta Magna somam-se os de caráter mais amplo, ligados aos direitos individuais e aos processuais, seguindo destacados os de maior relevância:

2.2.1. Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal está previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, e é considerado o princípio fundamental do processo administrativo, eis que se configura a base sobre a qual os demais se sustentam. Representa, ainda, a garantia inerente ao Estado Democrático de Direito de que ninguém será condenado sem que lhe seja assegurado o direito de defesa, bem como o de contraditar os fatos em relação aos quais está sendo investigado.

Por esse princípio, nenhuma decisão gravosa a um determinado sujeito poderá ser imposta sem que, antes, tenha sido submetido a um processo cujo procedimento esteja previamente previsto em lei, ou seja, impõe-se o cumprimento dos ritos legalmente previstos para a aplicação da penalidade[2]. Nem mesmo uma falta considerada leve pode ter sua penalidade aplicada sem obediência aos ritos processuais estabelecidos, conforme se verifica na leitura do art. 143 da Lei nº 8112/90:

> *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.*

Da mesma forma, por se tratar de uma garantia constitucional, não pode a Administração Pública desobedecer aos ritos previstos em lei visando a uma maior agilidade. Esta eventual desatenção aos ditames legais não pode ocorrer nem mesmo a pedido do acusado, por se tratar de direito indisponível.

No mesmo sentido, quando se fala em rito sumário, previsto no art. 133 da Lei nº 8.112/90, a Administração somente poderá utilizá-lo para apuração das faltas de acumulação ilegal de cargos, empregos e funções públicas, abandono de cargo e inassiduidade habitual, não cabendo ao gestor a apuração neste rito de outra falta disciplinar.

Sobre o tema, cumpre consignar importante entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF):

> *O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível*

2 MADEIRA, 2008, p. 54.

garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgI nº 241.201. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 27/8/2002, publicado em 20/9/2002)

2.2.2. Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório

Pilares do devido processo legal disciplinados no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal e art. 2º, caput, e parágrafo único, X, da Lei nº 9.784/99, facultam ao acusado/indiciado, durante todo o processo, a efetiva participação no apuratório, possibilitando-lhe a utilização de todos os meios de defesa admitidos pelo ordenamento jurídico.

O princípio da ampla defesa significa permitir a qualquer pessoa acusada o direito de se utilizar de todos os meios de defesa admissíveis em Direito. É imprescindível que ele seja adotado em todos os procedimentos que possam gerar qualquer tipo de prejuízo ao acusado[3]. Portanto, deve ser adotado em todos os procedimentos que possam ensejar aplicação de qualquer tipo de penalidade (sindicância acusatória/punitiva, PAD).

No processo administrativo disciplinar o princípio é expresso no art. 143 da Lei nº 8.112/90:

> *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****. (grifou-se)*

No seu art. 156, a Lei nº 8.112/90 vem esmiuçar como poderia ser exercida a ampla defesa:

> *Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.*

O princípio do contraditório dispõe que a todo ato produzido pela comissão caberá igual direito de o acusado opor-se a ele, apresentar a versão que lhe convenha ou, ainda, fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pela acusação[4]. No curso da apuração dos fatos e após a notificação prévia, que comunica o servidor da decisão da comissão sobre a sua condição de acusado, deve haver notificação de todos os atos processuais sujeitos ao seu acompanhamento, possibilitando ao acusado contradizer a prova produzida.

Sobre o princípio em comento, segue posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

> *Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Participação ou gerência em empresa privada. Demissão de servidor público. Alegação de cerceamento de defesa não configurado. Observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Segurança denegada.*
>
> *1. O procedimento transcorreu em estrita obediência à ampla defesa e ao contraditório, com a comissão processante franqueando ao impetrante todos os meios e recursos inerentes à sua defesa.*
>
> *2. É cediço que o acusado deve saber quais fatos lhe estão sendo imputados, ser notificado, ter acesso aos autos, ter possibilidade de apresentar razões e testemunhas, solicitar provas, etc., o que ocorreu in casu. É de rigor assentar, todavia, que isso não significa que todas as providências requeridas pelo acusado devem ser atendidas; ao revés, a produção de provas pode ser recusada, se protelatórias, inúteis ou desnecessárias.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 9.076/DF. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, publicado em 26/10/2004)*

3 MEDAUAR, 2009, p. 173.

4 Idem, p. 171.

2.2.3. Princípio do Informalismo Moderado

O princípio do informalismo moderado – também chamado por alguns de princípio do formalismo moderado – significa, no processo administrativo disciplinar, a dispensa de formas rígidas, mantendo apenas as compatíveis com a certeza e a segurança dos atos praticados, salvo as expressas em lei e relativas aos direitos dos acusados. Odete Medauar explicita que esse princípio "*se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como um fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo*".[5]

A sua previsão legal está no art. 22 da Lei nº 9.784/99:

> *Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.*

É importante recordar que o objetivo principal do processo é apurar a realidade material dos fatos ventilados nos autos. Desta forma, o conteúdo apresentado no lastro probatório acostado ao processo tem mais relevância do que a forma como foi produzido, desde que tenham sido observados os princípios já discutidos do contraditório e da ampla defesa.

2.2.4. Princípio da Verdade Real

Também chamado de princípio da verdade material, indica que a comissão disciplinar deve buscar, na medida do possível, o que realmente teria acontecido, não se contentando apenas com aquela versão dos fatos levada ao processo pelos envolvidos[6]. Não se admite, deste modo, a "verdade sabida" no processo administrativo disciplinar.

Desse princípio decorre que a Administração tem o poder-dever de tomar emprestado e de produzir provas a qualquer tempo, atuando de ofício ou mediante provocação, de modo a formar sua convicção sobre a realidade fática em apuração. Ainda que aquele que figura como acusado não tenha pedido a produção de determinada diligência que poderia lhe beneficiar, afastando, por exemplo, sua autoria, cabe à comissão buscar a produção de tal prova.

Neste mesmo diapasão, temos que o único efeito da revelia no processo administrativo disciplinar – tópico que será debatido adiante – é o da nomeação de defensor dativo, não se reputando como verdadeiros os fatos imputados ao acusado.

2.2.5. Princípio da Presunção de Inocência ou de não culpabilidade

O princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5°, inciso LVII, da Constituição Federal, estabelece que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Por reflexo desse princípio, durante o processo disciplinar e enquanto não houver decisão final condenatória, o acusado/indiciado deve ser considerado inocente. O ônus de provar a responsabilidade é da Administração[7].

Em razão desse princípio não se pode tratar o acusado como condenado, impondo restrições descabidas, ou sem previsão legal.

A observância ao referido princípio, porém, não implica na impossibilidade de adoção de medidas acautelatórias como, por exemplo, o afastamento preventivo previsto no art. 147 da Lei nº 8.112/90, considerando que não se trata de medida de caráter punitivo:

5 Idem, p. 176

6 MADEIRA, 2008, p. 50.

7 Idem, p. 52.

Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

De mesma forma, também é permitida a adoção das medidas restritivas do art. 172 daquele mesmo diploma legal:

Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.

2.2.6. Princípio da Motivação

O princípio da motivação surge como mais um instrumento de garantia da Administração e dos administrados quanto ao atendimento do interesse público, revestindo-se, de certo modo, em uma forma de publicidade da vontade da Administração estampada nos seus atos. Portanto, a razão e os fundamentos de qualquer decisão administrativa que implique restrições a direitos dos cidadãos devem obrigatoriamente ser explicitados[8].

Nesse sentido, é válida a menção ao disposto no art. 50 da Lei nº 9.784/99:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

8 MELLO, 2006, p. 108.

3. RESPONSABILIZAÇÃO

O servidor público federal que exerce irregularmente suas atribuições poderá responder pelo ato nas instâncias civil, penal e administrativa (art. 121 da Lei n° 8.112/90). Essas responsabilidades possuem características próprias, sofrendo gradações de acordo com as situações que podem se apresentar como condutas irregulares ou ilícitas no exercício das atividades funcionais, possibilitando a aplicação de diferentes penalidades, que variam de instância para instância.

Dessa forma, o cometimento de condutas vedadas nos regramentos competentes ou o descumprimento de deveres funcionais dão margem à responsabilidade administrativa; danos patrimoniais causados à Administração Pública ou a terceiros ensejam a responsabilidade civil; e a prática de crimes e contravenções, a responsabilização penal.

3.1. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

A responsabilização do servidor público federal decorre da Lei nº 8.112/90, que lhe impõe obediência às regras de conduta necessárias ao regular andamento do serviço público. Nesse sentido, o cometimento de infrações funcionais, por ação ou omissão praticada no desempenho das atribuições do cargo ou função, ou que tenha relação com essas atribuições, gera a responsabilidade administrativa (arts. 124 e 148), sujeitando o servidor faltoso à imposição de sanções disciplinares. Em geral, os deveres e proibições ao servidor público estão previstos nos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112/90[9].

Ao tomar conhecimento de falta praticada pelo servidor, cabe à Administração Pública apurar o fato, aplicando a penalidade porventura cabível. Na instância administrativa, a apuração da infração disciplinar ocorrerá por meio de sindicância acusatória/punitiva ou de processo administrativo disciplinar (art. 143). Isso porque o processo disciplinar lato sensu é o instrumento de que dispõe a Administração para apurar a responsabilidade do servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo que ocupa (art. 148).

Importa registrar que ao servidor público investigado em sindicância acusatória/punitiva ou em processo administrativo disciplinar são assegurados todos os direitos constitucionais, especialmente os direitos ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV, Constituição Federal).

Uma vez comprovada a infração disciplinar pela própria Administração Pública, em processo regular, será possível a aplicação das sanções previstas no art. 127 do Estatuto Funcional: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; ou VI - destituição de função comissionada.

3.2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil do servidor público consiste no ressarcimento dos prejuízos causados à Administração Pública ou a terceiros em decorrência de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, no exercício de suas atribuições (art. 122 da Lei nº 8.112/90 e art. 37, § 6º, da Constituição Federal). A responsabilidade civil do servidor público perante a Administração é subjetiva e depende da prova da existência do dano, do nexo de causalidade entre a ação e o dano e da culpa ou do dolo da sua conduta. O dano pode ser material ou moral[10].

9 MEIRELLES, 2011, p. 494.

10 DI PIETRO, 2006, p. 588-589.

A Lei nº 8.112/90 estabelece duas situações em que o servidor poderá ser chamado a ressarcir os prejuízos causados ao erário. Na primeira, quando causar danos diretamente à Administração Pública. Na segunda, quando causar danos a terceiros no exercício da função pública[11].

Na hipótese de dano causado à Administração Pública, prevê o art. 46 da Lei nº 8.112/90 que a indenização do prejuízo financeiro causado pelo servidor poderá ocorrer ainda no âmbito administrativo, mediante desconto autorizado do valor devido em folha de pagamento, após regular processo administrativo cercado de todas as garantias de defesa do servidor, conforme prevê o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Conforme art. 46, *caput* e parágrafos, da Lei nº 8.112/90, a indenização ao erário será previamente comunicada ao servidor para pagamento, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, podendo ser parcelada. O valor de cada parcela não poderá ser inferior a 10% (dez por cento) da sua remuneração. Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em parcela única.

Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, tutela antecipada ou sentença que venha a ser revogada ou rescindida, haverá atualização até a data da reposição. O servidor em débito com o erário, que for demitido, exonerado ou que tiver sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, terá o prazo de 60 (sessenta) dias para quitar o débito. A não quitação do débito no prazo previsto implicará sua inscrição em dívida ativa para cobrança por meio de ação de execução judicial. O vencimento, a remuneração e o provento não serão objeto de arresto, sequestro ou penhora, exceto nos casos de prestação de alimentos resultante de decisão judicial (arts. 46 a 48).

A obtenção do ressarcimento poderá ocorrer, também, mediante Tomada de Contas Especial (TCE). A TCE, atualmente regulamentada pela Instrução Normativa do Tribunal de Contas da União (TCU) nº 71, de 28 de novembro de 2012 (com alterações introduzidas pela Instrução Normativa TCU nº 76, de 23 de novembro de 2016), é um processo administrativo destinado à apuração de responsabilidade pelos danos causados à Administração Pública Federal e à obtenção do respectivo ressarcimento.

Portanto, a TCE tem a finalidade de apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o prejuízo causado ao erário, estando seus pressupostos e elementos mínimos indicados no art. 5º da referida Instrução Normativa. A Portaria CGU nº 807, de 25 de abril de 2013, traz a Norma de Execução destinada a orientar tecnicamente os órgãos e entidades sujeitos ao Controle Interno do Poder Executivo Federal sobre a TCE.

No âmbito judicial, geralmente o débito regularmente apurado será inscrito em dívida ativa da União e constituirá título executivo passível de cobrança por intermédio de ação de execução fiscal proposta pela União perante o Poder Judiciário (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980). Entretanto, existem outras formas de ressarcimento judicial dos prejuízos causados ao erário pelo servidor, tais como a ação indenizatória (de ressarcimento ou reparatória) e a ação de improbidade administrativa de que trata a Lei nº 8.429/92.

Destaque-se, pela relevância, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) , procedimento administrativo voltado à resolução de conflitos, instituído por meio da Instrução Normativa CGU nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, com o objetivo de solucionar os casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, incluindo-se o necessário ressarcimento pelo investigado do eventual dano causado à Administração Pública.. O TAC será objeto de detalhamento mais adiante, no capítulo 7.3.

11 MEIRELLES, 2011, p. 496.

3.3. RESPONSABILIDADE PENAL

A responsabilidade penal do servidor público decorre da prática de infrações penais (art. 123) e sujeita o servidor a responder a processo criminal e a suportar os efeitos legais da condenação.

A responsabilidade do servidor na esfera penal deve ser definida pelo Poder Judiciário, com a aplicação das respectivas sanções cabíveis, que poderão ser, conforme o caso, privação de liberdade, restrição de direitos ou multa (art. 32, incisos I, II e III, do Código Penal).

Para fins penais, o conceito de servidor público é mais amplo e, de acordo com o art. 327 do Código Penal, considera-se funcionário público "quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública". Por sua vez, o parágrafo 1º do art. 327 do Código Penal equipara a funcionário público "quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública".

Os principais crimes funcionais contra a Administração Pública estão tipificados nos arts. 312 a 326, bem como nos arts. 359-A ao 359-H do Código Penal, cujas sanções variam de acordo com o grau de lesividade aos princípios e interesses administrativos, e são processados mediante ação penal pública incondicionada, proposta pelo Ministério Público perante o Poder Judiciário.

Embora a maioria das condutas delituosas contra a Administração Pública figure nos artigos supracitados do Código Penal, isso não significa que outras transgressões do tipo não possam se somar àquelas. Nesse sentido, cita-se a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, como exemplo, que dispõe sobre o abuso de autoridade (ou abuso de poder) que configure crime. Nessa mesma esteira, merece menção a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (lei das licitações e contratos administrativos), tendo em vista que nos artigos 89 a 98 há tipificação de determinadas condutas consideradas criminosas.

O procedimento de responsabilização criminal dos servidores públicos está previsto nos arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal, destacando-se nesse rito especial a possibilidade de resposta por escrito do servidor público antes de o juiz decidir quanto ao recebimento da denúncia (arts. 514 e 516). Recebida a denúncia pelo juiz, o processo seguirá seu curso pelo rito ordinário.

Quando a infração disciplinar estiver capitulada como crime, o respectivo processo deverá ser remetido ao Ministério Público para instauração da ação penal cabível, conforme arts. 154, parágrafo único e 171 da Lei nº 8.112/90. Recomenda-se que a remessa do processo disciplinar ao Ministério Público Federal ocorra após a sua conclusão, em decorrência da observância dos princípios da legalidade, do devido processo legal e da presunção de inocência. Nada obstante, o processo disciplinar pode ser encaminhado pela comissão disciplinar a qualquer momento à autoridade instauradora, para que esta, se entender cabível, e o caso assim o exigir, remeta cópia ao Ministério Público Federal no curso do processo, sem prejuízo do andamento dos trabalhos da comissão.

De acordo com as circunstâncias do caso concreto, as sanções administrativas, civis e penais poderão ser aplicadas ao servidor (art. 125), sem que se considere dupla ou tripla punição para o mesmo fato irregular (princípio do "*non bis in idem*").

Todavia, embora se consagre, em princípio, a independência das instâncias, há situações em que, uma vez decididas no processo penal, repercutem necessariamente nas instâncias civil e administrativa. Excepcionalmente, o resultado do juízo criminal produzirá efeitos no âmbito disciplinar.

Cabe registrar que o afastamento da responsabilidade administrativa ocorrerá nos casos de sentença penal absolutória que negue a existência do fato ou a autoria. Portanto, se inexistiu o fato não resta qualquer tipo de responsabilidade. Da mesma maneira, a decisão penal que afasta a autoria não deve ser contrariada nas demais instâncias.

A Lei nº 8.112/90 e o Código Civil brasileiro tratam a matéria da seguinte forma:

> ***Lei nº 8.112/90***
>
> *Art. 126: A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.*
>
> ***Código Civil***
>
> *Art. 935: A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.*

As provas produzidas no processo criminal podem ser insuficientes para a respectiva condenação, dadas as características próprias daquele juízo. Entretanto, o conjunto probatório pode ser plenamente adequado para a apenação nas instâncias administrativa e/ou civil, até porque serão produzidas independentemente do andamento do processo penal.

A conclusão de que o fato não caracteriza um crime também não inviabiliza o processo administrativo disciplinar, tendo em vista que esse mesmo fato pode configurar um ilícito funcional. Em outros termos, ainda que não presentes todos os elementos da definição legal do crime, o fato pode ser considerado suficientemente grave para a Administração e estar enquadrado nas descrições mais abrangentes da Lei nº 8.112/90.

Dessa forma, o servidor público pode ser absolvido na esfera penal, mas serem encontrados nos autos elementos caracterizadores de uma infração disciplinar, que a doutrina denomina de falta ou conduta residual, conceito, inclusive, sumulado pelo STF (Súmula nº 18): "Pela falta residual não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público".

Nessa circunstância, se demitido após apurada sua responsabilidade administrativa, o servidor não deverá ser reintegrado caso o processo criminal conclua pela absolvição por insuficiência de provas. Tal orientação é corroborada nas seguintes decisões exaradas pelos Egrégios STF e STJ, respectivamente:

> *FUNCIONÁRIO PÚBLICO – DEMISSÃO – ABSOLVIÇÃO CRIMINAL. Embora possa ter sido absolvido o funcionário na ação penal a que respondeu, não importa tal ocorrência a sua volta aos quadros do serviço público, se a absolvição se deu por insuficiência de provas, e o servidor foi regularmente submetido a inquérito administrativo, no qual foi apurado ter ele praticado o ato pelo qual veio a ser demitido. A absolvição criminal só importaria anulação do ato demissório se tivesse ficado provada, na ação penal, a inexistência do fato, ou que o acusado não fora o autor.*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 20.814. Relator: Ministro Aldir Passarinho, julgado em 22/3/1991, publicado em 24/5/1991)*
>
> *PAD. ABSOLVIÇÃO PENAL. Cinge-se a controvérsia à possibilidade de condenar servidor público na área administrativa, por infração disciplinar, após sua absolvição criminal pela imputação do mesmo fato. O entendimento do STJ é que, afastada a responsabilidade criminal do servidor por inexistência daquele fato ou de sua autoria, fica arredada também a responsabilidade administrativa, exceto se verificada falta disciplinar residual sancionável (outra irregularidade que constitua infração administrativa) não abarcada pela sentença penal absolutória (Súm. n. 18-STF). No entanto, a Turma não conheceu do recurso em face do óbice da Súm. n. 7-STJ. Precedentes citados: REsp 1.199.083-SP, DJe 8/9/2010; MS 13.599-DF, DJe 28.05.2010, e Rcl 611-DF, DJ 04.02.2002.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.012.647/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 23/11/2010)*

Ainda é válido atentar que a transação penal, prevista na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para os casos de infração penal de menor potencial ofensivo, não inibe a apuração administrativa, tendo em vista justamente a independência de instâncias.

Registre-se, ainda, que nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, se a pena aplicada ao servidor for a privação da liberdade por tempo igual ou superior a um ano, um dos efeitos possíveis da condenação é a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo (art. 92, I, 'a', do Código Penal).

Caso haja condenação com aplicação de pena de privação da liberdade por crime que não tenha conexão com a sua função pública, duas hipóteses de penalização podem ocorrer: a) se a pena imputada for por tempo inferior a quatro anos, o servidor ficará afastado de seu cargo ou função, perdendo o seu vencimento, sendo devido a seus familiares o auxílio-reclusão, conforme dispõe o art. 229 da Lei nº 8.112/90; b) se a pena for superior a quatro anos, o servidor poderá perder o cargo, a função pública ou o mandato eletivo (art. 92, I, 'b', do Código Penal). Segue transcrição do aludido art. 92:

> *Art. 92 - São também efeitos da condenação:*
>
> *I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:*
>
> *a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;*
>
> *b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.*

O parágrafo único do mesmo art. 92, porém, prescreve que os efeitos referidos não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. Ou seja, a produção de tais efeitos dependerá de estarem expressamente consignados na sentença penal transitada em julgado.

Em que pese não possuir natureza penal, cumpre mencionar que a condenação por prática de ato de improbidade administrativa também poderá ensejar a perda da função pública (Lei nº 8.429/92, art. 12, I, II e III), desde que cominada em sentença transitada em julgado.

3.4. RESPONSABILIZAÇÃO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

No tocante à separação da instância administrativa com o campo de atuação do Tribunal de Contas da União - TCU é válido ressaltar que a regularidade de contas julgada por aquela Corte não impede a responsabilização disciplinar do gestor, bem como o julgamento pela irregularidade das contas não necessariamente impõe a responsabilização disciplinar, conforme Parecer GQ-55 da AGU, de 30 de janeiro de 1995, vinculante:

> *Contraditório, ampla defesa, prescrição e consequências do julgamento da regularidade de contas pelo Tribunal de Contas da União no processo administrativo disciplinar. (...) 29. A decisão do TCU, adotada em vista de sua função institucional, repercute na ação disciplinar dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública na hipótese em que venha negar especialmente a existência do fato ou a autoria. 30. O julgamento da regularidade das contas, por si só, não indica a falta de tipificação de infração administrativa (...).*

4. RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR

4.1. ABRANGÊNCIA OBJETIVA

Preliminarmente, cabe registrar que a Lei nº 8.112/90 estabelece o regime disciplinar entre os arts. 116 e 142, definindo os deveres e as infrações funcionais (arts. 116, 117 e 132), as penalidades administrativas (art. 127), a competência para aplicação das penalidades (art. 141) e o prazo prescricional (art. 142). Lado outro, o processo administrativo disciplinar corresponde ao rito, à sequência ordenada de atos que compõem o apuratório e encontra-se disciplinado nos arts. 143 a 182 da referida lei.

A clareza quanto ao alcance do processo disciplinar é de fundamental importância. A autoridade instauradora, quando do juízo de admissibilidade, verificará a pertinência subjetiva e objetiva para determinar a instauração do processo. A comissão processante conduzirá as apurações dentro dos limites fixados. Do mesmo modo, a autoridade julgadora proferirá sua decisão atenta à demarcação legal em comento.

Antes de aprofundar nas abrangências objetiva e subjetiva do processo disciplinar, vale destacar que ato ilícito é aquele comportamento contrário ao ordenamento jurídico, podendo se revelar tanto na modalidade comissiva (ação) quanto na omissiva (omissão), e enseja a produção de efeitos negativos (sanção). O ilícito administrativo-disciplinar, por sua vez, é toda conduta do servidor público que, no âmbito de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las, deixa de observar dever funcional ou transgrida proibição prevista em lei.

Cabe destacar que a apuração de responsabilidade disciplinar deve estar voltada para a suposta prática de ato ilícito no exercício das atribuições do cargo do servidor público, salvo hipóteses previstas em legislação específica. Também é passível de apuração o ilícito ocorrido em função do cargo ocupado pelo servidor e que possua apenas relação indireta com o respectivo exercício. Ambas as hipóteses de apuração estão previstas no art. 148 da Lei nº 8.112/90, conforme transcrição abaixo:

> *Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.*

Extrai-se do artigo acima que a apuração recai sobre o quadro de servidores públicos e restringe-se às condutas listadas nos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112/90, bem como em leis específicas, no caso de determinadas carreiras.

4.1.1. Atos da vida privada

Os atos praticados na esfera da vida privada do servidor público, em princípio, não são apurados no âmbito da Lei nº 8.112/90 e só possuem reflexos disciplinares quando o comportamento se relaciona com as atribuições do cargo. Excetue-se dessa regra a previsão legal específica de irregularidade administrativa ínsita ao comportamento privado ou social do servidor, a exemplo da prevista no denominado Estatuto da Atividade Policial Federal (Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965, art. 43).

Naturalmente, o servidor público não escapa dos preceitos dos códigos de ética ou de conduta, mas não haverá necessariamente a incidência de normas disciplinares sobre os atos censurados naqueles regulamentos. No mesmo sentido, a depender da natureza do ato, poderá o agente ser responsabilizado nas esferas civil e/ou penal, sem que se cogite qualquer reprimenda disciplinar.

Conforme já mencionado, a Lei nº 8.112/90 evidencia que o servidor poderá ser processado por atos ou comportamentos praticados longe da repartição ou fora da jornada de trabalho, inclusive na sua vida privada, desde que guardem relação direta ou indireta com o cargo ocupado, com as suas atribuições ou com a instituição a qual está vinculado.

A este respeito, Di Pietro assevera que "*a má conduta na vida privada, para caracterizar-se como ilícito administrativo, tem que ter, direta ou indiretamente, algum reflexo sobre a vida funcional, sob pena de tudo, indiscriminadamente, poder ser considerado 'procedimento irregular' (...)*"[12].

Não obstante a possibilidade trazida a lume, a repercussão disciplinar dos atos cometidos pelo servidor em sua vida privada é uma exceção. Dito isto, resta-nos delimitar o alcance do regime disciplinar em relação a tais condutas, sem, contudo, afrontar as garantias de liberdade e de privacidade da pessoa consagradas pela Constituição Federal (art. 5º, inciso X).

O fundamento legal para eventual repercussão administrativa-disciplinar de atos da vida privada do servidor é extraído do art. 148 da Lei nº 8.112/90, que prevê a apuração de responsabilidade por infração "que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido".

A redação não deixa dúvida acerca da abrangência de condutas cometidas fora do estrito exercício das atribuições do cargo, ou seja, os reflexos de eventual desvio de conduta do servidor ultrapassam os limites do espaço físico da repartição e as horas que compõem sua jornada de trabalho. Incluem-se aí a situação de teletrabalho, os períodos de férias, licenças ou afastamentos autorizados. Exige-se, porém, que as irregularidades tenham alguma relação, no mínimo indireta, com o cargo do servidor ou com suas respectivas atribuições, ou que, de alguma maneira, afetem o órgão no qual o infrator está lotado.

Antônio Carlos Alencar de Carvalho recomenda que muita ponderação e cautela presidam a apreciação concernente à repercussão administrativa da conduta da vida privada do servidor público. Defende o autor que só em casos inquestionáveis de prejuízo para a atividade funcional ou prestígio direto do funcionário em face das atribuições específicas de seu cargo, prejudicadas pela ação consumada no âmbito particular, é que se pode discutir eventual apenação disciplinar[13].

Em sentido oposto, os atos cometidos pelo servidor que não tenham a mínima pertinência com o cargo não implicam repercussão disciplinar.

Percebe-se que há outras sanções no meio social a que está sujeito o indivíduo e não se pode pretender recorrer ao direito disciplinar pelo simples fato do responsável pelo ato censurável se tratar de um servidor público. Em resumo, a repercussão disciplinar sobre atos de vida privada é residual e excepcional, amparada pela parte final do art. 148 da Lei nº 8.112/90.

4.1.2. Irregularidades cometidas antes da aposentadoria, da exoneração ou da vacância decorrente de posse em outro cargo público

Firmada a noção de que o processo administrativo disciplinar é o instrumento legal para apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido, infere-se que as supostas irregularidades ocorreram no período em que o infrator mantinha vínculo estatutário com a Administração.

Contudo, o eventual conhecimento tardio do suposto ilícito disciplinar poderá resultar em processo disciplinar instaurado para apurar a conduta de servidor já desvinculado do serviço público (ex-servidor), tais como o aposentado, o exonerado (a pedido ou de ofício, como no caso de não aprovação no estágio probatório), o demitido, ou aquele que tenha pedido vacância por posse em outro cargo, acumulável ou inacumulável.

Sobre a apuração de ilícito funcional cometido por ex-servidor assim se manifestou-se a Advocacia-Geral da União (AGU), no Parecer-AGU nº GM-1, de 15 de março de 2000, vinculante, ao apontar a manutenção do processo e do regime disciplinares inclusive nos casos de desvinculação do serviço público depois do cometimento da falta funcional:

12 DI PIETRO, 2006, p. 596.

13 CARVALHO, 2008, p. 136-137.

Ementa: Não é impeditivo da apuração de irregularidade verificada na Administração Federal e de sua autoria o fato de os principais envolvidos terem se desvinculado do serviço público, anteriormente à instauração do processo disciplinar. (...)

9. Impõe-se a apuração se o ilícito ocorre ´no serviço público´, poder-dever de que a autoridade administrativa não pode esquivar-se sob a alegação de que os possíveis autores não mais se encontram investidos nos cargos em razão dos quais perpetraram as infrações (...).

17. Embora a penalidade constitua o corolário da responsabilidade administrativa, a inviabilidade jurídica da atuação punitiva do Estado, advinda do fato de alguns dos envolvidos nas transgressões haverem se desligado do serviço público, não é de molde a obstar a apuração e a determinação de autoria no tocante a todos os envolvidos, inclusive em se considerando o plausível envolvimento de servidores federais, bem assim o julgamento do processo, com a consequente anotação da prática do ilícito nas pastas de assentamentos funcionais, por isso que, em derivação dessa medida: (...)

c) no caso de reingresso e não ter-se extinguido a punibilidade, por força do decurso do tempo (prescrição), o servidor pode vir a ser punido pelas faltas investigadas no processo objeto do julgamento ou considerado reincidente (...).

Sobre o assunto, destaque-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Mandado de segurança. Administrativo. Ministro dos Transportes. Ex-servidores do DNER. Procedimento administrativo. Apuração das irregularidades possivelmente cometidas quando no exercício das respectivas funções. Possibilidade. Ausência do alegado direito líquido e certo. Não se vislumbra o alegado direito líquido e certo, considerando que a Administração está, no exercício de seu direito, apurando as possíveis irregularidades dos impetrantes, quando no exercício de suas funções. Ordem denegada.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS no 9.497. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca, julgado em 10/3/2004, publicado em 18/10/2004)

Enfrentando essa questão, a Comissão de Coordenação de Correição (CCC) da Controladoria-Geral da União aprovou o Enunciado CGU nº 2, de 4 de maio de 2011, nos seguintes termos:

EX-SERVIDOR. APURAÇÃO. A aposentadoria, a demissão, a exoneração de cargo efetivo ou em comissão e a destituição do cargo em comissão não obstam a instauração do procedimento disciplinar visando à apuração de irregularidade verificada quando do exercício da função ou cargo público.

Enunciado CGU nº 2, publicado no DOU de 5/5/11, seção 1, página 22

Assim sendo, a exoneração, a aposentadoria ou a aplicação de penas capitais decorrentes de outro processo administrativo disciplinar não impedem a apuração de irregularidade praticada quando o ex-servidor se encontrava legalmente investido em cargo público.

Insta destacar que a Lei nº 8.112/90 já previu tais situações conjuntamente com a viabilidade do processo disciplinar, assim dispondo sobre a penalidade cabível no caso de ex-servidores que tenham cometido falta disciplinar no exercício da função, a saber:

a) o servidor faltoso que já se encontre aposentado está passível de ter sua aposentadoria cassada (art. 134); e

b) aquele que foi exonerado do cargo poderá ter tal situação convertida em destituição do cargo comissionado ou em demissão (art. 135, parágrafo único e art. 172, parágrafo único).

Deve-se levar em conta, ainda, que eventual penalidade expulsiva aplicada ao ex-servidor, já apenado em processo administrativo anterior, poderá ter o condão de frustrar o seu retorno em caso de reintegração administrativa ou judicial no primeiro processo em que sofreu a pena capital, nas hipóteses de demissão por infração ao art. 117, incisos IX e XI, nos termos do art. 137 do Estatuto Funcional. Convém observar que a portaria que materializa a penalidade expulsiva deve ser formalmente publicada e a conclusão registrada nos

assentamentos funcionais do ex-servidor. A cautela visa tornar o ato jurídico perfeito e acabado, afastando eventual alegação de prescrição da segunda irregularidade no caso de anulação da primeira sanção.

Lado outro, quando um servidor comete um ilícito administrativo e recebe uma sanção de demissão com os efeitos do parágrafo único do art. 137, o seu afastamento permanente indica que, para aquelas outras situações de irregularidades conhecidas pela autoridade administrativa, posteriormente ou até mesmo antes do seu desligamento, cujos os devidos processos disciplinares apuratórios não foram sequer instaurados, a exigência de obrigatoriedade de instauração do art. 143 deve ser mitigada. Nestes casos o agente já se encontra fora do serviço público federal sem possibilidade de retorno por nova investidura no prazo legal estabelecido, carecendo, portanto, de eficácia e efetividade atos que visem a abertura de novos procedimentos disciplinares em seu desfavor, com a ocupação de pessoal em atividade não profícua, a ser melhor aproveitada em outras tarefas de maior efetividade para o órgão ou entidade pública.

Diante de tal cenário, em homenagem ao princípio da eficiência, poderá a autoridade instauradora priorizar outros casos que exijam atenção mais imediata, seja pela gravidade da suposta conduta, seja pela eminente prescrição.

Já em relação ao ex-servidor que tenha tomado posse em outro cargo, deve a Administração apurar a suposta infração funcional cometida no exercício das atribuições inerentes ao cargo inicialmente ocupado. A competência para a instauração e o julgamento do processo disciplinar nessa hipótese está circunscrita ao órgão ou entidade no qual ocorreu o suposto ilícito funcional (art. 141). Eventual penalidade será publicada e registrada nos assentamentos funcionais, gerando efeitos no novo cargo ocupado no serviço público federal, apenas nas hipóteses de demissão por infração ao art. 117, incisos IX e XI, nos termos do art. 137 do Estatuto Funcional. Na hipótese de suspensão, deverá a penalidade ser cumprida caso ocorra a recondução do servidor ao cargo.

Cabe ressaltar a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2975, que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112, de 1990, com determinação do encaminhamento da matéria ao Congresso Nacional, para deliberação sobre o prazo de proibição de retorno ao serviço público na hipótese de demissão por infração ao art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.

4.2. ABRANGÊNCIA SUBJETIVA

Em sede disciplinar, verifica-se que o polo passivo sofre uma restrição em comparação com as esferas civil e penal. O processo administrativo disciplinar da Lei nº 8.112/90 limita-se aos agentes referidos em seus arts. 1º, 2º e 3º, pelo que é relevante a sua leitura atenta, como ora se propõe:

> *Art. 1º: Esta Lei institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais.*
>
> *Art. 2º: Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.*
>
> *Art. 3º: Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor.*
>
> *Parágrafo único. Os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.*

Observe-se que a abrangência subjetiva no processo administrativo disciplinar não se confunde com o conceito de "funcionário público" oferecido pelo Código Penal, o qual abarca "quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública", além de incluir quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividades típicas da Administração Pública.

A lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) é ainda mais abrangente, considerando agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no art. 1º do referido diploma legal. E mais, a lei é aplicável, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Portanto, o grau de vinculação do agente com a Administração Pública revela se estará sujeito à responsabilização na esfera administrativa, independentemente de figurar como réu segundo os amplos limites estabelecidos no Código Penal e na Lei nº 8.429/92.

Importante destacar também que o processo administrativo disciplinar da Lei nº 8.112/90 não alcança os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista. Tais agentes, ainda que contratados mediante concurso público são regidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT e não pelo regime estatutário dos servidores públicos. Isso não significa que os empregados públicos das Estatais fujam à responsabilidade disciplinar e administrativa, uma vez que se submetem aos normativos internos que tais entidades venham a adotar, podendo prever deveres e proibições a serem observadas por seus funcionários e dispondo das penalidades cabíveis no caso de conduta inadequada.

Dessa forma, os sujeitos que interessam ao presente estudo são os ocupantes de cargos públicos. Eis a abrangência subjetiva do processo disciplinar da Lei nº 8.112/90: servidores públicos federais.

Retornando aos dispositivos da Lei nº 8.112/90, o conceito de servidor público está ligado ao de cargo público, do qual sobressai a noção de que se trata de um conjunto de atribuições e deveres, a despeito de algumas compensações e eventuais prerrogativas.

Nesta linha, Marçal Justen Filho apresenta o seguinte conceito de cargo público: "é uma posição jurídica criada e disciplinada por lei, sujeita a regime jurídico de direito público peculiar, caracterizado por mutabilidade por determinação unilateral do Estado e por inúmeras garantias em prol do ocupante"[14].

O provimento dos cargos públicos pode ser efetivo ou em comissão, conforme se lê:

> *Art. 9º A nomeação far-se-á:*
>
> *I – em caráter efetivo, quando se tratar de cargo isolado de provimento efetivo ou de carreira;*
>
> *II – em comissão, inclusive na condição de interino, para cargos de confiança vagos. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.1997)*
>
> *Parágrafo único. O servidor ocupante de cargo em comissão ou de natureza especial poderá ser nomeado para ter exercício, interinamente, em outro cargo de confiança, sem prejuízo das atribuições do que atualmente ocupa, hipótese em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o período da interinidade. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.1997).*

A Constituição Federal exige a aprovação em concurso público como requisito à nomeação para cargo efetivo e, ainda, prevê a possibilidade de que o ocupante de tal cargo adquira estabilidade após três anos de efetivo exercício. No entanto, poderá figurar como acusado tanto o servidor estável como aquele em estágio probatório. Não procede a restrição da garantia do processo disciplinar apenas ao primeiro. O inciso II do parágrafo 1º do art. 41 da Constituição Federal deve ser interpretado em harmonia com os incisos LIV e LV do art. 5º da Carta Maior, restando assegurado a todos o devido processo legal e aos acusados em geral, mesmo em sede administrativa, o contraditório e a ampla defesa.

Assim sendo, grife-se que o processo disciplinar é obrigatório para a apuração de faltas disciplinares imputadas a servidor em estágio probatório e, por conseguinte, é plenamente cabível, em sendo o caso, aplicar-lhe a penalidade de demissão. A pena expulsiva não se confunde com a exoneração decorrente de

14 JUSTEN FILHO, 2005, p. 580.

reprovação no estágio probatório. Na segunda hipótese, o servidor será exonerado (não demitido) por não ter satisfeito as condições do estágio probatório e esse ato não possui natureza de sanção disciplinar.

Ao lado dos cargos efetivos, estão os cargos em comissão (no qual se incluem os cargos do Grupo de Direção e Assessoramento Superiores - DAS), cujo provimento é transitório e a nomeação é livre, porém a exoneração também pode ocorrer a qualquer tempo, ao arbítrio da autoridade competente (*ad nutum*).

Sem adentrar em pormenores da diferenciação entre cargo em comissão e função de confiança, anote-se a previsão do art. 37, inciso V, da Constituição Federal:

> *Artigo 37, inciso V- as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04.06.1998).*

Depreende-se do dispositivo constitucional que os postos de direção, chefia e assessoramento poderão ser atribuídos a ocupantes de cargo efetivo (função de confiança ou cargo comissionado) ou providos por pessoas estranhas aos quadros do órgão (cargo comissionado).

De qualquer forma, tanto os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos como em comissão estarão sujeitos a processo administrativo disciplinar. A diferença é que a eventual penalidade expulsiva contra ocupante de cargo em comissão (que não possui vínculo definitivo com a Administração) consiste na destituição do cargo em comissão (inciso V do art. 127 da Lei nº 8.112/90), reservando-se a figura da demissão (inciso III do art. 127 da Lei nº 8.112/90) aos servidores ocupantes de cargos efetivos.

Questão interessante refere-se à repercussão da destituição de cargo em comissão quando o agente ocupa cargo efetivo em outro órgão. O entendimento dominante é de que se ambos os órgãos pertencerem ao mesmo ente federado (por exemplo, dois órgãos federais, independentemente se do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário) e forem disciplinados pelo mesmo Estatuto, a transgressão disciplinar perpetrada no exercício de cargo em comissão repercutirá no cargo efetivo originário. Ressalvem-se os casos em que os cargos em comissão e efetivo são de diferentes entes federados, em virtude da autonomia que caracteriza a federação. Alerte-se sobre a exceção quando o ato cometido no cargo em comissão de outro ente federado configura infração apenada com expulsão em lei de aplicação nacional, a exemplo dos ilícitos previstos na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92).

Diante das considerações trazidas acerca da abrangência subjetiva do processo disciplinar, pode-se afirmar que o polo passivo será ocupado por servidor público lato sensu, estável ou em estágio probatório em cargo efetivo, ou ocupantes de cargo em comissão e função comissionada.

4.2.1. Manutenção das vinculações estatutárias do servidor público em férias, licenças ou outros afastamentos e conflito de interesses

Durante os períodos de férias, licenças e outros afastamentos, o servidor público mantém o vínculo funcional com a Administração Pública, razão pela qual deve observar os deveres, obrigações e impedimentos consignados no respectivo Estatuto.

Conforme visto anteriormente, o art. 148 da Lei nº 8.112/90 abarca os atos irregulares indiretamente associados às atribuições do cargo do servidor faltoso. Assim, eventual falta disciplinar cometida nos períodos em tela será passível de apenação.

Neste ponto, merecem realce a licença para tratar de interesses particulares (art. 91 da Lei nº 8.112/90) e a licença incentivada (Medida Provisória nº 2.174-28, de 24 de agosto de 2001). Em ambas as hipóteses se tem a inaplicabilidade da proibição fixada no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112/90, que impede o servidor de participar de gerência ou de administração de empresas e de exercer atos de comércio. O parágrafo único acrescentado pela Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008, ao referido dispositivo estatutário, estendeu ao servidor licenciado para tratar de assuntos particulares o mesmo tratamento antes

conferido pela citada Medida Provisória ao servidor que aderiu à licença incentivada. Colocou-se um ponto final na discussão sobre a falta de isonomia entre as duas espécies de licença. Segue o art. 117 com a alteração referida:

> *Art. 117. Ao servidor é proibido:*
>
> *(...)*
>
> *X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 22.09.2008)*
>
> *(...)*
>
> *Parágrafo único: A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos: (Todo o parágrafo acrescentado pela Lei nº 11.784, de 22.09.2008)*
>
> *I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e*
>
> *II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses.*

Todavia, observe-se que, na parte final do inciso II do parágrafo único do art. 117 da Lei nº 8.112/90, o legislador preocupou-se em rechaçar eventual conflito de interesses. Vale dizer, a gerência ou administração de empresas e comércio não podem resultar na prática de conflito de interesses entre o público e o privado.

O tema do conflito de interesses será tratado adiante, porém, desde logo, se deve registrar que o art. 5º da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, prevê um elenco de situações que podem gerar o conflito de interesses no exercício do cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Federal, sendo que o art. 10 do mesmo diploma estende diversas disposições a todos os agentes públicos do Poder Executivo Federal.

Por fim, cumpre assinalar que a licença médica não constitui óbice à demissão. De fato, independentemente de seu motivo, tal licença não obstaculiza a aplicação da penalidade que foi precedida de procedimento disciplinar regular, no qual, naturalmente, o servidor acusado teve oportunidade de se defender pessoalmente ou por intermédio de procurador.

4.2.2. Situação de servidores e empregados públicos cedidos

Da leitura do art. 143 da Lei nº 8.112/90 verifica-se que a autoridade competente deve promover a imediata apuração de fatos supostamente irregulares cometidos no exercício do cargo público e que lhe cheguem ao conhecimento. Ou seja, a apuração da responsabilidade administrativa está ligada de forma indissociável ao fato de o infrator exercer um cargo público à época do cometimento da infração. Segue transcrição da citada norma:

> *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.*

Dessa feita, partindo-se da indisponibilidade do interesse público, questiona-se como deve a Administração agir nas hipóteses de servidores públicos federais cedidos para Estatais e de empregados públicos federais cedidos para a Administração Direta, autárquica ou fundacional que cometem irregularidades funcionais contra a Administração Pública.

a) Servidores Públicos Federais cedidos para Estatais

O servidor público federal que comete irregularidade funcional enquanto cedido à entidade Estatal pode ser responsabilizado pela Lei nº 8.112/90. A aplicação de penalidade disciplinar que tenha impacto na relação estatutária existente entre o servidor e a União está condicionada à prévia apuração da falta cometida por meio de processo administrativo disciplinar, o qual, entre outros requisitos, é instaurado por autoridade administrativa competente e conduzido por comissão composta por servidores estatutários estáveis, conforme preveem os arts. 143 e 149 da Lei nº 8.112/90. Dessa forma, cumpre à entidade Estatal apurar internamente os fatos, sem prejuízo de encaminhar desde logo a notícia da irregularidade para o Órgão de origem, a fim de que este instaure o competente processo administrativo disciplinar.

b) Empregados Públicos Federais cedidos para a Administração Direta, autárquica ou fundacional

O empregado público de estatal que comete irregularidade funcional enquanto cedido à União, suas autarquias ou fundações, para ocupar cargo em comissão, se sujeita ao processo administrativo disciplinar previsto na Lei nº 8.112/90, uma vez que se encontra investido em cargo público. O processo deverá ser instaurado pela autoridade competente do local do fato e conduzido sob observância dos requisitos da lei. Ao seu fim, competirá igualmente à autoridade do local do fato julgar o feito, uma vez que o empregado ocupa cargo público vinculado àquela unidade e, portanto, nessa condição, submete-se à sua estrutura hierárquica. De se frisar que, a depender da gravidade da infração, a autoridade competente poderá impor a pena de destituição do cargo em comissão a teor do que dispõe o art. 135 da Lei nº 8.112/90.

O resultado deste processo disciplinar deve ser encaminhado a sua empresa estatal de origem, para adoção das medidas cabíveis, especialmente no que toca à verificação dos reflexos no contrato de trabalho existente. Isto porque, ainda que cedido, o empregado público mantém sua relação de emprego com a estatal da qual se origina, devendo observância aos seus regulamentos internos, inclusive no que diz respeito aos deveres e proibições a ele impostos.

Acerca de tais reflexos, cumpre consignar o que foi decidido no âmbito da Comissão de Coordenação de Correição:

> *REPERCUSSÃO DA DESTITUIÇÃO DO CARGO EM COMISSÃO NO VÍNCULO CELETISTA. A penalidade de destituição de cargo em comissão aplicada ao empregado público cedido a órgão da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional poderá repercutir no vínculo empregatício, sendo desnecessária a instauração de novo processo disciplinar no âmbito da empresa estatal. (Enunciado CGU nº 13, publicado no DOU de 02/05/16, seção 1, página 8).*

Cumpre ainda apontar que existem possibilidades nas quais o empregado público é cedido a outras entidades de Direito Público sem a ocupação de cargo em comissão, mas por existir previsão legal ou convênio entre a estatal e o ente público. De se ressaltar que, no caso de notícia de irregularidade envolvendo tal agente, impera, nessa situação, o dever da autoridade local de apurar as irregularidades das quais venha a ter conhecimento, a fim de elucidar a veracidade dos fatos e verificar o possível envolvimento de outros agentes no caso. Sustenta-se ainda que, além do dever de apurar, a autoridade do local dos fatos é aquela que melhor reúne condições de determinar a produção das provas necessárias para a comprovação ou não dos fatos tidos por irregulares.

Tal entendimento vai ao encontro de manifestação da Consultoria-Geral da União quando da análise do caso de servidores cedidos a outros órgãos. O assunto foi abordado pela Nota-Decor/CGU/AGU nº 16/2008-NMS, na qual resta firmado o entendimento de que os processos de apuração de irregularidade devem ser preferencialmente instaurados no local de ocorrência dos fatos e, ao seu fim, encaminhados para decisão da autoridade à qual se vincula o cargo originário do servidor.

De modo que, pelos mesmos fundamentos, a autoridade competente deverá determinar a apuração de todo indício do cometimento de irregularidades por parte de empregado público não ocupante de cargo em comissão que está cedido à unidade sob sua responsabilidade. A apuração deverá ocorrer mediante processo administrativo em que seja assegurado ao empregado público acusado os meios aptos para se defender.

A conclusão do apuratório deverá ser remetida à empresa pública à qual se vincula o empregado público, para julgamento e/ou adoção das providências cabíveis, à luz dos seus normativos internos e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aplicando, sempre que for o caso, a penalidade cabível. Repisa-se aqui o dito anteriormente acerca do empregado público dever observância aos regulamentos internos de sua empresa, independente de se encontrar cedido.

Necessário destacar a responsabilidade da autoridade competente para apuração dos fatos, de sempre comunicar a empresa estatal da existência de indícios de irregularidades envolvendo empregado público a ela vinculado, independentemente da decisão que venha se adotar acerca de sua lotação funcional (permanência na entidade ou devolução à estatal de origem).

4.2.3. Agentes Públicos que não se sujeitam à abrangência da Lei nº 8.112/90

Demarcou-se no início do presente capítulo a abrangência subjetiva do processo administrativo disciplinar. Reitere-se: servidor público estável ou em estágio probatório em cargo efetivo, bem como ocupantes de cargo em comissão e de função comissionada.

Com o intuito de afastar qualquer dúvida, convém uma breve menção aos agentes que não se sujeitam à Lei nº 8.112/90, notadamente Agentes Políticos, Militares, Particulares em colaboração com o Poder Público, Temporários (sindicância - Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993), Terceirizados, Celetistas, Estagiários e Consultores de Programas Internacionais (ex.: PNUD).

a) Agentes Políticos e Vitalícios

Os agentes políticos são os titulares de cargos estruturais à organização política do País, constituem-se nos formadores de vontade superior do Estado[15]. Nesta categoria, incluem-se os Chefes de Poder Executivo (Presidente da República, Governadores, Prefeitos e respectivos vices) e membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados e Vereadores), além de Ministros de Estado e de Secretários nas Unidades da Federação.

Em face da natureza do vínculo que estabelecem com o Estado, não se sujeitam aos ditames da Lei nº 8.112/90. Neste sentido, confira-se o Parecer AGU nº GQ-35, vinculante:

> *4. A Lei nº 8.112, de 1990, comina a aplicação de penalidade a quem incorre em ilícito administrativo, na condição de servidor público, assim entendido a pessoa legalmente investida em cargo público, de provimento efetivo ou em comissão, nos termos dos arts. 2º e 3º. Essa responsabilidade de que provém a apenação do servidor não alcança os titulares de cargos de natureza especial, providos em caráter precário e transitório, eis que falta a previsão legal da punição. Os titulares dos cargos de Ministro de Estado (cargo de natureza especial) se excluem da viabilidade legal de responsabilização administrativa, pois não os submete a positividade do regime jurídico dos servidores públicos federais aos deveres funcionais, cuja inobservância acarreta a penalidade administrativa.*

15 MELLO, 2006, p. 230.

O Presidente da República, o Vice-Presidente e os Ministros de Estado, agentes políticos no âmbito do Poder Executivo Federal, não são responsabilizados por meio de processo administrativo disciplinar. O Presidente da República responde por crime de responsabilidade ante o Senado Federal e, nas infrações penais comuns, perante o STF (art. 86, da Constituição Federal). Os Ministros de Estado respondem também por crime de responsabilidade perante o STF (Lei nº 1.079/50).

Não há que se incluir dentre este rol os detentores de cargo de Natureza Especial, tais como os Secretários-Executivos de Ministério. A respeito de tais agentes, não resta dúvida quanto à sujeição aos ditames da Lei nº 8.112/90, inclusive no que diz respeito ao regime disciplinar. A única ressalva que deve ser observada diz respeito aos atos praticados pelo Secretário-Executivo quando estiver exercendo as funções de Ministro de Estado. Isso porque é uma prática regular que o Secretário-Executivo seja o substituto do Ministro em seus impedimentos legais. Nessa situação, o Secretário-Executivo deverá ser responsabilizado tal como se Ministro fosse.

Ademais, parte da doutrina inclui entre os agentes políticos os detentores de cargos vitalícios, como membros da magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. Independentemente da divergência doutrinária sobre a classificação de tais agentes, é certo que a Constituição da República lhes garante a vitaliciedade após dois anos de exercício e impõe que a perda do cargo depende de sentença judicial transitada em julgado (arts. 95, inciso I; 128, § 5º, inciso I, alínea "a"; e 73, § 3º). Trata-se de garantia exclusiva dos membros, não extensível aos serventuários das atividades-meio das referidas instituições, os quais se sujeitam a processo administrativo disciplinar.

Merece ressalvar, por fim, a situação dos agentes políticos que já ocuparam cargo ou emprego público federal e, na época desta situação, cometeram irregularidades. A seu respeito, a Comissão de Coordenação de Correição (CCC) da Controladoria-Geral da União aprovou o Enunciado CGU nº 23, de 31 de outubro de 2018, segundo o qual:

> *INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR EM FACE DE AGENTES POLÍTICOS. São passíveis de apuração administrativa disciplinar as infrações cometidas por agentes políticos em razão do exercício de cargo ou emprego público federal.*
>
> *Enunciado CGU nº 23, publicado no DOU de 5/11/18, seção 1, página 76*

b) Militares

De acordo com Di Pietro, os militares abrangem as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios, com vínculo estatutário e sujeitos a regime jurídico próprio, mediante remuneração paga pelos cofres públicos[16].

Os militares não estão abrangidos pela Lei nº 8.112/90, conforme prevê o art. 1º do Estatuto dos Servidores Públicos Civis. Portanto, no caso de envolvimento de algum militar em ilícito disciplinar, a apuração do fato não segue os moldes da Lei nº 8.112/90, devendo a autoridade civil que tiver conhecimento de algum ilícito funcional encaminhar o assunto à autoridade militar superior hierárquica do militar[17].

c) Particulares em colaboração com o Poder Público

São aqueles que exercem eventualmente funções públicas sem estarem, política ou profissionalmente, vinculados ao Estado, com ou sem remuneração, e não são responsabilizados por meio de processo administrativo disciplinar, haja vista que não estão abrangidos pela Lei nº 8.112/90.

16 DI PIETRO, 2006, p. 505.

17 MADEIRA, 2008, p. 25.

d) Agentes Temporários – Lei nº 8.745/93

A Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, por órgãos da Administração Pública Federal direta ou indireta, regulamentando o inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, que determina o seguinte: "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público".

O art. 10 do diploma legal em comento estabelece que as infrações disciplinares atribuídas aos referidos agentes devem ser apuradas mediante sindicância, concluída no prazo de até 30 (trinta) dias e assegurada a ampla defesa. O art. 11 faz referência a dispositivos da Lei nº 8.112/90 aplicáveis a esse pessoal, incluindo deveres, proibições, responsabilidades e penalidades, mas não lhes estende a prerrogativa do rito previsto para os servidores estatutários.

Tendo em vista a ausência de referência aos arts. 143 a 182 da Lei nº 8.112/90, conclui-se que não se exige a observância do rito correspondente. Porém, partindo do mínimo legal, que foi a estipulação da apuração por meio de sindicância, a Instrução Normativa nº 14 de 14 de novembro de 2018, da CGU[18], trouxe alguns parâmetros a serem observados, os quais serão mencionados no item 6, ao se tratar dos Procedimentos Disciplinares.

e) Terceirizados

Os terceirizados são empregados de empresas privadas contratadas pela Administração Pública para prestarem serviços gerais que não sejam atividade-fim do órgão público. Portanto, não possuem relação jurídica com a Administração Pública e não são responsabilizados por meio de processo administrativo disciplinar na forma da Lei nº 8.112/90. No caso de praticarem algum ilícito ou causarem prejuízo à Administração caberá ao Administrador solicitar a substituição da pessoa à empresa e eventualmente encaminhar o caso à polícia, ao Ministério Público ou à Advocacia-Geral da União[19].

f) Empregados Públicos de Empresas Estatais – Regime da CLT

Os empregados públicos, que também ingressam por meio de concurso público, são aqueles cuja relação jurídica é regida pelas normas da CLT e ocupam emprego público em empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado e, portanto, não estão abrangidos, em regra, pela Lei nº 8.112/90[20].

18 Publicada no Diário Oficial da União de 16 de novembro de 2018, regulamenta a atividade correcional no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal e revoga a Portaria CGU nº 335, de 30 de maio de 2006.

19 MADEIRA, 2008, p. 26.

20 Idem, p. 25.

g) Empregados Públicos da Administração Direta, Indireta e Fundacional – Lei nº 9.962/00

Mesmo fora da abrangência subjetiva da responsabilidade disciplinar, cabe registro sobre os empregados públicos contratados ao amparo da Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, para trabalharem na Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas de direito público, sob o regime da CLT. Mesmo não sendo servidores públicos, a rescisão do contrato de trabalho, por ato unilateral da Administração Pública, apenas poderá ocorrer nas hipóteses expressamente previstas no art. 3º, incisos I, II, III e IV, da Lei nº 9.962/00. Portanto, por estarem abrangidos pela CLT, não respondem a processo administrativo disciplinar nos moldes da Lei nº 8.112/90[21].

h) Estagiários

Os estagiários não são responsabilizados por meio de processo administrativo disciplinar, haja vista que não estão abrangidos pela Lei nº 8.112/90. De fato, não há liame de natureza estatutária vinculando tais pessoas à Administração.

i) Consultores Programas Internacionais (ex.: PNUD)

Os consultores contratados por meio do Projeto das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que geralmente trabalham na sede do Ministério, também não se submetem ao processo administrativo disciplinar nos moldes da Lei nº 8.112/90, haja vista que não são considerados servidores públicos efetivos nem em comissão. Contra eles cabe processo civil, por perdas e danos, e processo criminal, no caso de cometimento de alguma conduta criminal[22].

21 Idem, p. 25.

22 Idem, p. 26.

5. DEVER DE APURAR

Como é cediço, os serviços públicos não podem sofrer solução de continuidade. Para impedir eventuais interrupções, capazes de trazer prejuízos à sociedade, a Administração Pública desfruta de inúmeras prerrogativas constitucionais e legais (a exemplo dos poderes administrativos) sem as quais seria árduo assegurar os objetivos institucionais, consubstanciados, primordialmente, na garantia do bem-estar social. Sobre esses poderes especiais, preleciona Alexandre de Moraes:

> *Para que seja possível a realização de suas atividades e, consequentemente, a satisfação do bem comum, o ordenamento jurídico confere à Administração uma gama de poderes, a fim de instrumentalizar a realização de suas tarefas administrativas. São os chamados poderes da administração ou poderes administrativos.*[23]

Dotada desses privilégios, de caráter irrenunciável e limitado em lei, a Administração Pública tem o poder-dever de exercê-los de forma efetiva, eficiente e em benefício da coletividade.

Para o que aqui interessa, convém referir especificamente ao poder disciplinar, derivado do poder hierárquico, por cujo intermédio a Administração aplica o regime disciplinar aos seus servidores, acaso verificado o cometimento de infrações funcionais ligadas ao exercício do cargo.

Quanto ao tema, o saudoso e conceituado administrativista Hely Lopes Meirelles assim definiu o poder disciplinar:

> *(...) faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento a que se passam a integrar definitiva ou transitoriamente.*[24]

De fato, através desse poder sancionador, o Estado tem à sua disposição um mecanismo eficaz para, diante de comportamento contrário aos normativos regentes da atividade administrativa, apurar eventuais irregularidades e, se comprovada a participação de servidor público, aplicar a devida sanção disciplinar. Tal punição deve se pautar na relação entre a gravidade da falta cometida e a sanção efetivamente imposta, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Importa destacar, ainda, que ao servidor, em razão do exercício do cargo, é conferida a execução de certas atribuições legais, voltadas para o atendimento das necessidades coletivas, em estrito cumprimento aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Essas atribuições estão devidamente delimitadas em lei, razão que torna exigível dos agentes públicos a utilização normal e adequada das prerrogativas que a lei lhes confere. Não obstante, ao tempo em que a lei outorga poderes aos servidores, impõe-lhes, por outro lado, o seu regular e eficiente exercício, vedando-lhe a omissão, sob pena de responsabilização.

Por conseguinte, ao não desempenhar correta e satisfatoriamente suas atividades, praticando ou concorrendo para a prática, no exercício de suas funções, de alguma falta prevista na Lei nº 8.112/90, ficará o servidor faltoso sujeito às sanções disciplinares ali colimadas, surgindo o que usualmente se denomina "dever de apurar". Esta obrigação é justamente aquele dever insculpido no art. 143 do Estatuto (Lei nº 8.112/90), o qual obriga a autoridade pública a promover a apuração imediata dos atos e fatos supostamente irregulares que chegarem ao seu conhecimento.

23 MORAES, 2009, p. 93.

24 MEIRELLES, 2011, p. 126.

5.1. CONHECIMENTO DO FATO SUPOSTAMENTE IRREGULAR

Diversos são os caminhos para se levar ao conhecimento da Administração Pública notícia de irregularidade envolvendo agente público. Sem a intenção de taxar em lista exaustiva as diversas formas de se comunicar desvio de conduta de servidores, os exemplos a seguir mencionados são os mais usuais para comunicar a existência de irregularidades no serviço público, a envolver servidores no exercício de suas atribuições legais.

Inicia-se com aquela possibilidade prevista expressamente na Lei nº 8.112/90, decorrente do dever conferido ao servidor de levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência, bem ainda de representar contra ilegalidades, omissões ou abuso de poder, nos termos do art. 116, incisos VI e XII:

> *Art. 116. São deveres do servidor:*
>
> *(...)*
>
> *VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;*
>
> *(...)*
>
> *XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.*
>
> *Parágrafo único. A representação de que trata o inciso XII será encaminhada pela via hierárquica e apreciada pela autoridade superior àquela contra a qual é formulada, assegurando-se ao representando ampla defesa.*

Espécie do gênero "denunciar", a expressão "representação funcional", ou apenas "representação", refere-se à peça escrita apresentada por servidor público, que – ao tomar conhecimento de suposta irregularidade cometida por servidor ou de ato ilegal omissivo ou abusivo por parte de autoridade, associados, ainda que indiretamente, ao exercício de cargo –, é obrigado, por força do mencionado dispositivo legal, a dar ciência à autoridade competente.

Conforme parágrafo único acima transcrito, essa representação segue pela via hierárquica. Não obstante, vale mencionar discussão havida na 15ª Reunião da Comissão de Coordenação de Correição, sobre a necessidade de um Enunciado sobre a impossibilidade de responsabilizar o servidor que representa sobre irregularidades fora da via hierárquica, como seria o caso de representar diretamente à CGU. Na ocasião decidiu-se pela desnecessidade de um enunciado a respeito, mas, por outro lado, houve aprovação[25] do relatório[26] feito sobre o tema, o qual conclui no sentido de que não há cometimento de ilícito disciplinar por parte do servidor que representa aos órgãos de controle, ainda que não obedecida a via hierárquica.

Essa peça deve conter a identificação do representante e do representado, bem ainda a indicação precisa da suposta irregularidade (associada ao exercício do cargo) e das provas já disponíveis, sob pena de não ser admitida.

Outra forma muito utilizada é a denúncia apresentada por particular. Trata-se de peça escrita, por meio da qual o particular leva ao conhecimento da Administração suposto cometimento de irregularidade associada ao exercício do cargo. E quanto à formalidade, na regra geral utilizada no âmbito da Administração Pública Federal, exige-se apenas que as denúncias sejam identificadas e apresentadas por escrito – não obstante também ser admitida a denúncia anônima, conforme será ventilado adiante. É isso que prescreve o art. 144 da Lei nº 8.112/90:

25 Ata da 15ª Reunião da CCC disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44296/1/15_reuniao_CCC_2015.pdf

26 Relatório disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44301/1/Relatorio_reuniao_15.pdf

Art. 144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade.

Essa denúncia requer critérios similares aos relativos à representação funcional, com destaque para a indispensável exigência de que a denúncia se materialize em documento por escrito. Caso a denúncia seja apresentada verbalmente, deverá ser reduzida a termo pela autoridade competente.

Resultado de auditoria, de investigação preliminar ou de sindicância meramente investigativa e não contraditória também são formas que detectam irregularidades e, portanto, meios aptos de se fazer chegar ao conhecimento da autoridade pública a ocorrência de suposta irregularidade.

Ademais, citem-se as representações oficiadas por outros órgãos públicos (Ministério Público Federal, Departamento de Polícia Federal, TCU, CGU, Comissão de Ética Pública ou demais comissões de ética, etc.), além das notícias veiculadas na mídia e até denúncias anônimas. Todas constituem formas possíveis de se levar ao conhecimento da Administração a notícia de cometimento de suposto ato infracional.

Para concluir, frise-se que, quanto ao momento do conhecimento do fato supostamente irregular, tal tópico será aventado quando discutirmos as questões atinentes à prescrição no processo disciplinar, tendo em vista a relevância da identificação de tal ocasião para verificar em que instante teve início a marcha do fenômeno prescricional.

5.1.1. Denúncia anônima

Tema até pouco tempo polêmico, a denúncia anônima, como já asseverado, constitui um dos meios de se levar ao conhecimento da Administração Pública a ocorrência de pretensa irregularidade no serviço público, a envolver servidor no desempenho de suas prerrogativas legais, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

Os debates, as divergências, as polêmicas, ocorriam em função da redação dada ao art. 144 da Lei nº 8.112/90: "As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade", bem ainda em razão do teor do art. 5º, inciso IV da Constituição Federal: "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". A interpretação literal e não sistêmica desses dispositivos conduzia a autoridade competente a não admitir a figura da denúncia anônima, ante a ausência de qualificação do denunciante e a expressa vedação constitucional do anonimato.

Entendia-se, por força, principalmente, do princípio da legalidade, que a Administração Pública era compelida a verificar a presença dos critérios objetivos de admissibilidade das denúncias contra servidores públicos (peça escrita, com a necessária identificação e o endereço do denunciante, além da obrigatoriedade de confirmação da autenticidade das informações consignadas).

A ausência de um desses elementos resultaria no arquivamento sumário da denúncia, por desrespeito às normas acima referidas. Assim, a denúncia não poderia, sequer, ser recebida, menos ainda utilizada como instrumento apto a dar início à atividade correcional, materializada com a instauração de processo disciplinar formal.

A finalidade do entendimento ultrapassado era preservar a dignidade do serviço público contra denúncias vazias, infundadas, perseguições, agressões à honra perpetradas por desafetos ou por pessoa de má-fé, de modo a evitar que, sob o manto do anonimato, terceiros irresponsáveis viessem manchar a imagem e a distinção dos agentes públicos, zeladores da coisa pública.

Contudo, e a despeito dos argumentos contrários à aceitação da denúncia anônima, com base no dever de zelar pela regularidade e continuidade do serviço público, bem ainda por força do disposto no art. 143 da Lei nº 8.112/90, a Administração Pública tem o poder-dever de promover a apuração imediata de

irregularidades que tiver ciência, não importando, a priori, se o fato chegou ao conhecimento da autoridade pública por meio de denúncia formal (presente todos os requisitos) ou por meio de peça anônima.

Isso porque o aludido art. 143 não faz essa distinção, mas apenas determina a apuração imediata dos fatos apontados como irregulares. Deste modo, não é condição indispensável para iniciar a averiguação a devida qualificação do denunciante, porquanto o que realmente importa é o conteúdo da denúncia (relevância e plausibilidade), que deve conter elementos capazes de justificar o início das investigações por parte da Administração Pública. Nesse contexto, somente se admite sua recusa quando se tratar de denúncia descabida, vazia, vaga, com total ausência de indícios de materialidade e autoria.

Mas, de qualquer forma, exige-se da autoridade pública a devida cautela quando se deparar com delação anônima, visto que, nada obstante a necessidade de promover a imediata averiguação, a Administração não deve reagir imediatamente com a instauração de processos disciplinares formais. Faz-se necessário, de início, avaliar a pertinência da notícia veiculada sob o manto do anonimato, averiguando a existência de indicativos mínimos de razoabilidade. A tal procedimento dá-se o nome de juízo (ou exame) de admissibilidade.

Feito isso, ou seja, constatada a existência de indícios de verossimilhança da denúncia, o passo seguinte da autoridade é determinar a instauração de uma investigação preliminar, de caráter restrito, informal, a fim de recolher sinalizadores (provas de materialidade e autoria) aptos a respaldar o administrador público quanto à instauração de sindicância, de processo administrativo disciplinar ou mesmo de arquivamento da denúncia.

Essa providência prévia, sumária ou também denominada preparatória, deve ser a primeira reação da autoridade no momento em que se deparar com notícia de um ilícito funcional. Ela poderá ser informal e dispensar comissão, sendo que qualquer servidor poderá ser designado para realizar os atos de instrução voltados ao recolhimento dos subsídios necessários à ulterior tomada de decisão pela Administração (arquivamento da denúncia, ou a instauração de processo disciplinar formal – sindicância acusatória/punitiva ou PAD).

Promovida essa investigação inquisitorial e verificada a existência de indicativos básicos da ocorrência de irregularidades, a instauração de sindicância ou PAD será fundamentada no resultado desse procedimento prévio (diga-se, feita por servidor público devidamente identificado) e não na denúncia anônima.

Em sua obra, Vinicius de Carvalho Madeira[27], de forma absolutamente pertinente, faz referência ao entendimento do então Advogado-Geral da União, José Antonio Dias Toffoli, esposado quando da aprovação do Despacho nº 396/2007[28], no qual acresceu considerações importantes sobre o tema, a exemplo da transcrição abaixo:

> *c) O Poder Público, provocado por delação anônima (disque-denúncia, por exemplo) pode adotar medidas sumárias de verificação, com prudência e discrição, sem formação de processo ou procedimento, destinadas a conferir a plausibilidade dos fatos nela denunciados. Acaso encontrados elementos de verossimilhança, poderá o Poder Público formalizar a abertura do processo ou procedimento cabível, desde que mantendo completa desvinculação desse procedimento estatal em relação à peça apócrifa, ou seja, desde que baseada nos elementos verificados pela ação preliminar do próprio Estado.*[29]

Ademais, a jurisprudência do STJ e do STF, respectivamente, não deixa dúvida acerca da possibilidade de recepção da denúncia anônima:

> *Não enseja a nulidade do processo administrativo disciplinar o simples fato de sua instauração ser motivada por fita de vídeo encaminhada anonimamente à autoridade pública, vez que esta, ao ter ciência de irregularidade no serviço, é obrigada a promover sua apuração.*

27 MADEIRA, 2008, p. 36 e 37.

28 Despacho do Consultor-Geral da União, Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior, datado de 23 de novembro de 2007, proferido nos autos do Processo nº 00406.001054/2007-12.

29 Despacho do Advogado-Geral da União, José Antonio Dias Toffoli, aprovando os termos do Despacho nº 296/2007.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 12.429/DF. Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 23/5/2007, publicado em 29/6/2007)

A previsão do art. 144 busca dar maior segurança ao servidor público, evitando que possa vir a ser denunciado caluniosamente por colega ou terceiro protegido no anonimato. Mas isso também não significa que a denúncia anônima deva ser absolutamente desconsiderada, acarretando, inclusive, nulidade na raiz do processo. É possível que ela venha a ser considerada, devendo a autoridade proceder com maior cautela, de modo a evitar danos ao denunciado eventualmente inocente.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 7069. Relator: Ministro Felix Fischer, publicado em 12/3/2001)

Súmula 611-STJ: Desde que devidamente motivada e com amparo em investigação ou sindicância, é permitida a instauração de processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima, em face do poder-dever de autotutela imposto à Administração.

(STJ. 1ª Seção. Aprovada em 09/05/2018, DJe 14/05/2018)

Mandado de Segurança nº 24.369, do STF - Ementa: Delação anônima. Comunicação de fatos graves que teriam sido praticados no âmbito da Administração pública. Situações que se revestem, em tese, de ilicitude (procedimentos licitatórios supostamente direcionados e alegado pagamento de diárias exorbitantes). A questão da vedação constitucional do anonimato (CF, art. 5º, IV, "in fine"), em face da necessidade ético-jurídica de investigação de condutas funcionais desviantes. Obrigação estatal, que, imposta pelo dever de observância dos postulados da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa (CF, art. 37, "caput"), torna inderrogável o encargo de apurar comportamentos eventualmente lesivos ao interesse público. Razões de interesse social em possível conflito com a exigência de proteção à incolumidade moral das pessoas (CF, art. 5º, X). O direito público subjetivo do cidadão ao fiel desempenho, pelos agentes estatais, do dever de probidade constituiria uma limitação externa aos direitos da personalidade? Liberdades em antagonismo. Situação de tensão dialética entre princípios estruturantes da ordem constitucional. Colisão de direitos que se resolve, em cada caso ocorrente, mediante ponderação dos valores e interesses em conflito.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 24.369-MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello, publicado em 16/10/2002)

Nada impede, contudo, que o Poder Público, provocado por delação anônima ("disque-denúncia", p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, "com prudência e discrição", a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da "persecutio criminis", mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 100042 MC/RO. Relator: Ministro Celso de Mello, publicado em 8/10/2009)

Por fim, Marcos Salles Teixeira traz à baila o teor da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, publicada oficialmente em 31.10.2003, da qual o Brasil é signatário. Veja-se:

Mencione-se, por fim, que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31/10/03, foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 31/01/06 – sendo, portanto, admitida no ordenamento nacional com força de lei – e reconhece a denúncia anônima.

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção - Promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31/01/06 - Art. 13.

2. Cada Estado-Parte adotará medidas apropriadas para garantir que o público tenha conhecimento dos órgãos pertinentes de luta contra a corrupção mencionados na presente Convenção, e facilitará o acesso a tais órgãos, quando proceder, para a denúncia, inclusive anônima, de quaisquer incidentes que possam ser considerados constitutivos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção.

(Nota: O Supremo Tribunal Federal vaticinou, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.480, que tratados, acordos ou convenções internacionais, após promulgados por decreto presidencial, "situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias".)[30]

Destarte, se a denúncia anônima contiver elementos que justifiquem sua apuração, deverá ser averiguada, sob pena de violação de princípios e normas que tratam do dever de apurar suposta irregularidade de que se tem conhecimento no âmbito da Administração Pública Federal, o que significa dizer que não é lícito arquivar denúncia plausível sob a simples alegação de que ela é anônima.

A CGU publicou, ainda, o Enunciado nº 3, de 4 de maio de 2011, nos seguintes termos:

> *DELAÇÃO ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO. A delação anônima é apta a deflagrar apuração preliminar no âmbito da Administração Pública, devendo ser colhidos outros elementos que a comprovem.*
>
> *Enunciado CGU nº 3, publicado no DOU de 5/5/11, seção 1, página 22*

Na IN CGU nº 14/2018, a denúncia anônima é referida nos seguintes termos:

> *Art. 10. As denúncias, as representações ou as informações que noticiem a ocorrência de suposta infração correcional, inclusive anônimas, deverão ser objeto de juízo de admissibilidade que avalie a existência de indícios que justifiquem a sua apuração, bem como a espécie de procedimento correcional cabível.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 11. Presentes indícios de autoria e materialidade, será determinada a instauração de procedimento correcional acusatório, sendo prescindível a existência de procedimento investigativo prévio.*
>
> *Parágrafo único. A informação anônima que noticie a ocorrência de suposta infração correcional poderá deflagrar procedimento correcional acusatório, desde que sejam colhidos outros elementos que a respaldem.*

Pode-se concluir, portanto, que, embora a princípio, pela própria natureza e por previsão legal para a denúncia (art. 144 da Lei nº 8.112/90), se exija a formalidade da identificação do denunciante, tem-se que o anonimato, por si só, não é motivo para liminarmente se excluir uma denúncia de irregularidade cometida na Administração Pública e não impede a realização do juízo de admissibilidade e, se for o caso, a consequente instauração do processo disciplinar. Entretanto, diante do poder-dever conferido pelo art. 143 da Lei nº 8.112/90, a autoridade competente é compelida a verificar a existência de mínimos critérios de plausibilidade na delação anônima.

5.2. OBRIGATORIEDADE DA APURAÇÃO

A Administração Pública organiza-se de forma verticalizada, o que possibilita distribuir e escalonar os seus órgãos, bem ainda ordenar e rever a atuação de seus agentes. E o Estado faz isso por meio do estabelecimento da relação de subordinação entre os diversos órgãos e servidores, com distribuição de funções e gradação da autoridade de cada um.

A obrigação de apurar notícia de irregularidade decorre justamente do sistema hierarquizado no qual é estruturada a Administração, com destaque para o poder de fiscalizar as atividades exercidas por seus servidores e demais pessoas a ela ligadas, exigindo-lhes uma conduta adequada aos preceitos legais e morais vigentes.

Com efeito, diante de uma situação irregular, a envolver servidores públicos no exercício de suas atribuições legais, caberá à Administração, por intermédio das autoridades que a representam, promover,

30 TEIXEIRA, 2020, p. 326.

de pronto, a adequada e suficiente apuração, com a finalidade de punir o servidor faltoso e de restaurar a ordem pública, ora turbada com a prática de determinada conduta infracional.

Essa averiguação de suposta falta funcional constitui imperativo inescusável, não comportando discricionariedade, o que implica dizer que ao se deparar com elementos que denotem a ocorrência de irregularidade fica a autoridade obrigada a promover sua apuração imediata, sob pena de cometer crime de condescendência criminosa, previsto no art. 320 do Código Penal. Isto é o que se denomina de "poder-dever de apuração".

Essa resposta imediata parte da necessidade de se restaurar, o quanto antes, a regularidade, a eficiência, o bom funcionamento do serviço público, que sofre abalo com comportamento censurável de quem a representa. Mas para que seja restabelecida a ordem, a eventual reprimenda disciplinar deve ser aplicada em tempo hábil, a fim de produzir os efeitos desejáveis (servir de exemplo e demonstrar a intolerância da autoridade pública com a prática de irregularidade). Diga-se, ainda, que a morosidade na apuração (muitas vezes tão nociva quanto a omissão) – e, consequentemente, na imposição de sanção a servidor faltoso – fulmina o caráter pedagógico, retributivo e neutralizador da pena.

Não se pode, todavia, confundir obrigatoriedade de apuração imediata com apuração precipitada. É verídico que, em boa parte das vezes, a notícia da prática de determinada irregularidade não se apresenta revestida de exposição detalhada do fato supostamente ilegal, bem ainda da indicação dos possíveis autores. Nesse caso, deve a autoridade promover, de pronto, uma investigação prévia do fato, por meio da qual se buscará maiores elementos.

Como já asseverado, a notícia de irregularidade deverá estar revestida de plausibilidade, ou seja, conter o mínimo de elementos indicadores da ocorrência concreta de um ilícito (materialidade) e se possível os indícios de autoria, de modo que notícias vagas podem ensejar o arquivamento sumário da denúncia, eis que não se afigura razoável movimentar a máquina estatal, por demais dispendiosa, para apurar notícia abstrata e genérica, em cujo teor não se encontram requisitos mínimos de plausibilidade.

Agora, no caso de a notícia conter os elementos mínimos, a autoridade competente deverá determinar a sua averiguação, não se precipitando, porém, em instaurar, desde logo, a sindicância ou o processo administrativo disciplinar previstos na Lei nº 8.112/90, instrumentos com maior rigor formal, que somente serão utilizados quando houver indícios concretos de materialidade e de autoria.

Na busca dessas informações tidas como essenciais, é recomendável que a autoridade determine a realização de procedimento disciplinar investigativo, medida inquisitorial, desprovida de maiores rigores formais, cujo objetivo primordial é respaldar o administrador público quanto à instauração de processo disciplinar contraditório (sindicância acusatória/punitiva ou PAD).

Nesse sentido, tem-se que a reação mais adequada diante da notícia da ocorrência de irregularidade – onde ainda não se tenha os elementos indispensáveis para a instauração de uma apuração rigorosa, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa –, é a instauração de um procedimento disciplinar de cunho meramente investigativo, de caráter restrito, a fim de levantar as informações que servirão como suporte para uma legítima instauração de processo disciplinar.

Ao agir dessa forma, terá a autoridade atuado em perfeita harmonia com os princípios reitores da atividade administrativa, a exemplo dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da economicidade, não se quedando inerte frente à notícia de suposta irregularidade.

Isto posto, é dizer que, a menos que se tenha elementos plausíveis demonstrando a existência de materialidade e autoria, não deve a autoridade recorrer imediatamente ao processo disciplinar contraditório, ou seja, aquele com rito previsto na Lei nº 8.112/90. Antes, é preciso avaliar a pertinência da notícia do ilícito funcional, verificar se existem indicativos mínimos de razoabilidade. Não existindo, far-se-á necessário proceder a uma investigação que seja capaz de fornecer os indícios elementares, a partir dos quais será possível a instauração de processo disciplinar.

5.3. AUTORIDADE COMPETENTE

Dentre os vários princípios reitores da atividade pública, o princípio da legalidade talvez seja o de maior relevância, na medida em que orienta todo o proceder dos órgãos e agentes públicos. Em razão dele, a Administração Pública só pode fazer aquilo que esteja devidamente autorizado em lei, diferentemente do que ocorre com o particular, que pode fazer o que bem entender, desde que não seja algo vedado em lei.

O respeito à legalidade é compulsório, intransponível e limita a atuação do administrador à consecução do interesse público, de modo que toda ação administrativa seja dirigida para o fim de satisfazer as necessidades coletivas.

Extrai-se do referido princípio que, no âmbito da Administração Pública, nenhum representante do Estado pode praticar ato administrativo sem a devida competência, que, via de regra, é definida em lei ou em atos normativos infralegais.

Assim sendo, e para o que aqui interessa, faz-se oportuno realizar o seguinte questionamento: qual seria, então, a autoridade a que se refere o art. 143 da Lei nº 8.112/90?

> *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.*

Como se vê, a Lei nº 8.112/90 não tratou de especificar que autoridade seria essa, deixando um vácuo, uma lacuna, um vazio, que deve ser suprido com a edição de outra norma. Essa necessidade de se definir a autoridade competente surge para afastar eventuais interpretações de cunho amplo e genérico, que poderiam conferir a qualquer autoridade o poder de apreciar notícias de supostas práticas de irregularidades.

Logo, a autoridade com competência para instaurar a sede disciplinar será aquela especificamente designada pelos estatutos ou regimentos internos de cada órgão público, de modo a suprir a lacuna deixada no Estatuto que regula o regime jurídico dos servidores públicos civis da União.

Contudo, pode acontecer de não existir ato normativo definidor da autoridade competente. Nesse caso, deverá ser aplicado, de forma subsidiária, o art. 17 da Lei nº 9.784/99 que, conforme já mencionado, é a lei reguladora do processo administrativo (latu senso) no âmbito da Administração Pública Federal:

> *Art. 17. Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.*

Ao aplicar tal dispositivo legal, tem-se que a autoridade com poderes para promover a apuração de irregularidade no serviço público federal, isto é, para instaurar o processo disciplinar, será o chefe da repartição onde o fato irregular ocorreu. Reitere-se, todavia, que somente será utilizado o art. 17 da Lei nº 9.784/99 na situação de inexistência de lei ou outro instrumento normativo definidor da autoridade competente. Do contrário, a autoridade será aquela apontada no normativo específico (estatuto ou regimento interno).

Por óbvio, a regra geral vigente na Administração Pública define como autoridade competente para mover a sede correcional aquela hierarquicamente superior ao denunciado ou representado (normalmente a autoridade máxima do órgão ou da entidade), mas não necessariamente o seu superior imediato.

Todavia, em se tratando de órgãos e entidades nas quais existam unidades especializadas na matéria correcional (as denominadas "Corregedorias"), o dever de apurar pode ser transferido da autoridade hierarquicamente superior ao denunciado à unidade específica de correição (detentora da competência exclusiva para averiguar as notícias de irregularidades envolvendo servidores públicos no desempenho direto ou indireto de suas atribuições).

Do exposto, pode-se concluir que a autoridade competente para instaurar o devido processo disciplinar é aquela previamente designada nos estatutos ou regimentos internos de cada órgão ou entidade. Na inexistência de tais normativos, essa competência será exercida pelo chefe da unidade onde o fato irregular ocorreu, é o que se denomina de "regra geral da via hierárquica", quebrada apenas quando o órgão ou entidade dispuser de unidade especializada.

Por oportuno, destaca-se que se aplica o disposto nos arts. 11 a 17 da Lei nº 9.874/99 em relação à competência da autoridade para apurar eventual irregularidade, ou seja, em hipóteses específicas, poderá ser delegada, assim como avocada em caso de omissão (aplicação do princípio da hierarquia).

5.4. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Colocada a questão da obrigatoriedade de apuração da irregularidade que chegar ao conhecimento da autoridade competente, é importante observar que tal obrigação não é absoluta, já que nem todas as notícias de irregularidade, após a devida análise, levarão a aludida autoridade a concluir pela existência de infração disciplinarmente censurável. Por outro lado, impende destacar que, havendo dúvida quanto a tal existência, deverá a autoridade determinar a apuração dos fatos. Aplica-se, portanto, neste caso, a máxima '*in dubio, pro societate*'.

Pode ocorrer, por exemplo, de uma denúncia ser muito vaga, como aquela que se refira ao órgão ou entidade como um "lugar onde impera a corrupção", ou mesmo não ser objeto de apuração disciplinar, como a relativa à conduta que determinado servidor tenha adotado fora do horário de expediente e sem nenhuma relação com as atribuições do cargo público que ocupe. Esses tipos de notícia de irregularidade deverão ser arquivados sem necessidade de apuração, conforme orienta o parágrafo único do art. 144 da Lei nº 8.112/90, transcrito abaixo:

> *Art. 144 (...)*
>
> *Parágrafo único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.*

Por outro lado, também acontece de a notícia da eventual irregularidade ser pontual, mas incompleta, requerendo, assim, uma verificação mais aprofundada de seus elementos para delimitação inicial da materialidade (fato supostamente irregular) e autoria (eventual autor do fato). Nessa situação, a autoridade competente deverá coletar informações com o objetivo de confirmar ou não a plausibilidade da notícia, ou seja, se de fato há indícios que apontem para a ocorrência da infração disciplinar relatada, conforme determina o art. 143 da Lei nº 8.112/90: "*a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata (...)*".

Nesse contexto exemplificativo, percebe-se que é indispensável fazer uma análise prévia da notícia de irregularidade recebida, utilizando-se, caso necessário, dos procedimentos investigativos (conceituados no item 6.1), para que só então possa ser tomada a decisão adequada: cumprir o disposto no citado parágrafo único do art. 144, arquivando a denúncia ou representação inepta; ou cumprir o disposto no referido art. 143, quando esse estabelece a utilização da sindicância acusatória/punitiva ou do processo administrativo disciplinar para a apuração dos fatos.

A essa análise prévia da notícia de irregularidade exigida de forma indireta pela Lei nº 8.112/90, e à subsequente decisão adotada pela autoridade competente, denomina-se juízo de admissibilidade, conceituado pela IN CGU nº 14/2018 da seguinte forma:

> *Art. 9º O juízo de admissibilidade é ato administrativo por meio do qual a autoridade competente decide, de forma fundamentada, pelo arquivamento ou instauração de procedimento correcional, conforme previsto nos arts. 5º e 6º desta Instrução Normativa.*

Parágrafo único. Caso sejam identificados indícios de irregularidade com repercussão não correcional, a matéria deverá ser encaminhada à autoridade competente para a respectiva apuração, independentemente da decisão adotada no juízo de admissibilidade.

A doutrina aborda o tema da seguinte maneira:

> *No juízo de admissibilidade do processo administrativo disciplinar devem ser empregados pela Autoridade administrativa competente critérios aprofundados e detalhados de análise do contexto fático, para cotejá-los com os possíveis documentos e provas que o instruem, objetivando que se evite a instauração de processos com falta de objeto, onde a representação ou denúncia que deram causa aos mesmos são flagrantemente improcedentes ou inoportunas.*[31]

> *Nas hipóteses de mera suspeita da prática de delito penal ou infração disciplinar, a Administração Pública – com esteio nos princípios publicísticos da autotutela, do poder-dever e da indisponibilidade do interesse público – deverá aprofundar o desvendamento de tais suspeitas por meio de acauteladoras investigações preliminares, de cunho meramente inquisitorial.*[32]

Reforçam a necessidade de realização dos procedimentos investigativos (conceituados no item 6.1) e de escorreito juízo de admissibilidade os seguintes crimes previstos na nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019):

> *Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:*
>
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*
>
> *Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: (Promulgação partes vetadas) (...)*

De certa forma ligado ao assunto aqui tratado, visto que revestido de algumas características próprias do juízo de admissibilidade, é o tema objeto do Enunciado CGU nº 4, de 4 de maio de 2011:

> *PRESCRIÇÃO. INSTAURAÇÃO. A Administração Pública pode, motivadamente, deixar de deflagrar procedimento disciplinar, caso verifique a ocorrência de prescrição antes da sua instauração, devendo ponderar a utilidade e a importância de se decidir pela instauração em cada caso.*
>
> *Enunciado CGU nº 4, publicado no DOU de 5/5/11, seção 1, página 22*

Nesse ponto específico, caberá à autoridade competente ponderar, caso a caso, a utilidade (efeito pedagógico para os demais servidores, bem como eventuais repercussões cíveis ou penais, por exemplo) e a importância de se decidir pela instauração ou não do procedimento disciplinar para apurar irregularidade funcional já fulminada pela prescrição, ou seja, aquela que a Administração não pode mais punir o seu autor em razão do término do prazo legal estabelecido para tanto.

Observe-se que o Enunciado sob estudo não alcança as circunstâncias em que a prescrição venha a ocorrer durante o andamento do procedimento disciplinar. Nesse caso, verificado o transcurso do prazo prescricional no início da instrução processual, orienta-se à comissão processante que relate as circunstâncias e as encaminhe à consideração da autoridade julgadora, a quem cabe decidir pela continuidade ou não da apuração. Tal providência traz maior economia ao Erário, uma vez que poderá ser evitada a realização desnecessária de atos instrutórios como a oitiva de testemunhas, quando se vislumbra desde já a impossibilidade de aplicação de penalidade ao final do processo.

31 MATTOS, 2010, p. 577.

32 COSTA, 2011, p. 292.

Lado outro, caso o processo já se encontre em fase final de apuração, restando somente as fases de defesa e produção de relatório final, recomenda-se que a comissão finalize seus trabalhos, pois já se verificou o dispêndio de recursos materiais e humanos, de modo que não se justificaria a não finalização do referido procedimento disciplinar.

Ressalte-se, contudo, que a não instauração ou o arquivamento de procedimento disciplinar – com base na prescrição da penalidade em tese cabível – exige justificativa adequada por parte da autoridade, explicitando todas as razões que levaram, naquele caso concreto, à não continuidade da apuração, não se admitindo, por exemplo, a mera menção genérica ao Enunciado CGU nº 4.

Enfim, o juízo de admissibilidade constitui-se em uma espécie de análise prévia da notícia de irregularidade funcional, cumprindo-se assim o que determina o mencionado art. 143 quanto ao dever de apurar, sem que, para isso, a autoridade competente precise instaurar açodadamente a sede disciplinar propriamente dita, com o risco de descumprir princípios muito caros à Administração Pública, como os da eficiência e economicidade.

6. PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES

O art. 1º da IN CGU nº 14/2018 trouxe o conceito de procedimentos correcionais, englobando os procedimentos disciplinares, referentes à apuração de irregularidades cometidas por servidores ou empregados públicos federais e os procedimentos de responsabilização de entes privados[33]. Já os arts. 6º e 7º indicam quais procedimentos poderão ser utilizados no exercício da atividade correcional:

> *Art. 5º São procedimentos correcionais investigativos:*
>
> *I - a investigação preliminar (IP);*
>
> *II - a sindicância investigativa (SINVE); e*
>
> *III - a sindicância patrimonial (SINPA).*
>
> *Parágrafo único. Os órgãos e entidades do Poder Executivo federal poderão normatizar internamente procedimentos disciplinares de natureza investigativa, observada a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e demais normas aplicáveis.*
>
> *Art. 6º São procedimentos correcionais acusatórios:*
>
> *I - a sindicância acusatória (SINAC);*
>
> *II - o processo administrativo disciplinar (PAD);*
>
> *III - o processo administrativo disciplinar sumário;*
>
> *IV - a sindicância disciplinar para servidores temporários regidos pela Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993;*
>
> *V - o procedimento disciplinar para empregados públicos regidos pela Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000;*
>
> *VI - o processo administrativo sancionador relativo aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista (PAS); e*
>
> *VII - o processo administrativo de responsabilização (PAR).*
>
> *Seguem os comentários sobre os procedimentos disciplinares específicos.*

6.1. PROCEDIMENTOS INVESTIGATIVOS

São procedimentos de cunho meramente investigativo, que não podem dar ensejo à aplicação de penalidades disciplinares e que são realizados apenas a título de convencimento primário da Administração acerca da ocorrência ou não de determinada irregularidade funcional e de sua autoria.

É interessante relembrar que, nesse tipo de procedimento, não são aplicáveis os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, até mesmo porque não há nenhum servidor público sendo formalmente acusado de ter cometido irregularidade, mas se trata tão-somente de um esforço por parte da Administração no intuito de coletar informações gerais relacionadas à suposta irregularidade então noticiada. Logo, não há a quem se possa conceder os referidos direitos garantidos pela Constituição Federal. Sobre esse assunto, interessa transcrever o entendimento do STF:

> *SERVIDOR PÚBLICO. PENA. DEMISSÃO. PENALIDADE APLICADA AO CABO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULAR. SUPOSTO CERCEAMENTO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NA SINDICÂNCIA. IRRELEVÂNCIA TEÓRICA. PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO INQUISITIVO E*

33 Os procedimentos para responsabilização de entes privados são a Investigação Preliminar (IP) e o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), tratados em Manuais específicos, disponíveis em http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao.

> *UNILATERAL. NÃO OCORRÊNCIA, ADEMAIS. SERVIDOR OUVIDO EM CONDIÇÃO DIVERSA DA TESTEMUNHAL. NULIDADE PROCESSUAL INEXISTENTE. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 143, 145, II, 146, 148, 151, II, 154, 156 E 159, CAPUT E § 2º, TODOS DA LEI FEDERAL Nº 8.112/90. A estrita reverência aos princípios do contraditório e da ampla defesa só é exigida, como requisito essencial de validez, assim no processo administrativo disciplinar, como na sindicância especial que lhe faz às vezes como procedimento ordenado à aplicação daquelas duas penas mais brandas, que são a advertência e a suspensão por prazo não superior a trinta dias. Nunca, na sindicância que funcione apenas como investigação preliminar tendente a coligir, de maneira inquisitorial, elementos bastantes à imputação de falta ao servidor, em processo disciplinar subsequente.*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.791. Relator: Ministro Cezar Peluzo, julgado em 13/11/2003, publicado em 19/12/2003)*

No entanto, orienta-se às comissões a não obstruir o acesso do investigado, ou de seu advogado (cf. art. 7º, § 10, da Lei nº 8.906/1994), desde que apresente a procuração, mesmo em procedimentos inquisitivos, ao acervo probatório já coligido sob o argumento de que essas informações constituiriam documento preparatório para a instauração de processo apuratório de responsabilidade (art. 7, § 3º, da Lei nº 12.527/2011). Ocorre que a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, estabeleceu direitos ao legítimo interessado, tais como ter vista dos autos, ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha tal condição, obter certidões e cópias de documentos nele contidos, e conhecer as decisões proferidas, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem (art. 3º, 9º e 46). Ademais, nos termos da nova Lei de Abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019), tal negativa de acesso aos autos poderá configurar crime:

> *Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:*
>
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (...)*

Aliás, recorda-se que o Enunciado CGU nº 14, de 31 de maio de 2016, estabeleceu acesso restrito aos procedimentos disciplinares para terceiros até o julgamento. Logo, a contrario sensu, o investigado tem direito de acesso à informação antes mesmo da conclusão da investigação, tendo em vista que o termo "procedimentos disciplinares" constante do mencionado Enunciado englobaria todas as modalidades de apuratório, inclusive os procedimentos investigativos (Vianna e Xavier[34]).

> *Enunciado CGU nº 14 de 31 de maio de 2016 (publicado no DOU de 1º/06/2016, Seção 1, página 48)*
>
> *RESTRIÇÃO DE ACESSO DOS PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES*
>
> *Os procedimentos disciplinares têm acesso restrito par terceiros até o julgamento, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011, regulamentado pelo art. 20, caput, do Decreto nº 7.724/2012, sem prejuízo das demais hipóteses legais sobre informações sigilosas.*

Ademais, O Supremo Tribunal Federal reconheceu que o advogado do investigado, igualmente, possui direito de acesso amplo aos procedimentos investigativos para o fim de exercer o direito de defesa, conforme Súmula Vinculante nº 14:

> *"É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa."*

34 VIANNA e XAVIER, 2017, p. 18

De mais a mais, levando-se em conta o direito à ampla defesa e ao contraditório que todo acusado e investigado em qualquer espécie de processo deve ter por força da Constituição Federal (art. 5º, inciso LV); a Lei nº 12.527/2011 (Lei de acesso à informação), que reconheceu o princípio da publicidade dos atos administrativos como preceito geral e o sigilo como exceção; as alterações promovidas pela Lei nº 13.245/2016 no art. 7º do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994); e o sigilo em face de terceiros assegurado pelo art. 150 da Lei nº 8.112/90 e pela Instrução Normativa CGU nº 14/2018; autoridades e comissões disciplinares devem se atentar às prerrogativas do advogado, especialmente no que diz respeito ao exame e ao acompanhamento não só de processos disciplinares essencialmente contraditórios, mas também de procedimentos investigativos, desde que exista nos autos referência à pessoa investigada que conferiu em procuração poderes de assistência ao profissional.

> *Art. 7º São direitos do advogado:*
>
> .....
>
> *XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estiverem sujeitos a sigilo ou segredo de justiça, assegurada a obtenção de cópias, com possibilidade de tomar apontamentos;*
>
> *XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;*
>
> *XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;*
>
> .....
>
> *XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:*
>
> *a) apresentar razões e quesitos;*
>
> *b) (VETADO).*
>
> .....
>
> *§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.*
>
> *§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.*
>
> *§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente." (NR).*

Dessa forma, considerando que o PAD e os procedimentos investigativos são de acesso restrito para terceiros, o advogado, desde que apresente à comissão ou autoridade competente a devida procuração firmada por envolvido na investigação de qualquer natureza, terá amplo e total acesso aos autos, em qualquer fase, inclusive após a emissão do relatório final ou do parecer jurídico seguinte, ainda que os autos estejam conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

Ressalva-se que a autoridade competente poderá delimitar o acesso do investigado e do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências (§ 11). Entretanto, o denominado sigilo interno não afasta definitivamente o acesso à informação, somente posterga o exercício desse direito para momento ulterior, quando a disponibilidade da informação não mais seja capaz de prejudicar o interesse social de buscar a verdade e punir os infratores.

Vianna e Xavier[35] abordam a excepcionalidade na restrição de acesso ao legítimo interessado, assinalando que a defesa do interesse social de apuração das infrações danosas a recursos públicos encontra fundamento no art. 5º, inciso LX, da Constituição da República, sendo possível que a autoridade estabeleça a restrição de acesso àinvestigação ao próprio investigado quanto a certos atos dentro do procedimento investigativo em curso, de forma fundamentada e excepcional.

No mesmo sentido também a nova Lei de Abuso de autoridade ressalva a impossibilidade de acesso a peças relativas a diligências em curso ou que indiquem a realização de diligências futuras, cuja restrição seja imprescindível.

> *Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias,* ***ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:*** *(grifou-se)*

Destaque-se que estará sujeito à responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade o responsável pela inobservância aos direitos do advogado estabelecidos no inciso XIV, ou pelo fornecimento incompleto de autos; ou pelo fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo.

A Advocacia-Geral da União, após consulta formulada pela Corregedoria-Geral da União acerca da interpretação jurídica das alterações e incrementos realizados pela Lei nº 13.245/2016 no Estatuto da Advocacia, emitiu o Parecer nº 84/2016/ASJUR-CGU/CGU/AGU, por meio do qual bem orienta gestores de corregedorias e membros de comissões disciplinares no sentido de que a concessão de acesso e o fornecimento de cópias dos autos a advogados, desde que possuam procuração e paguem pelas cópias quando for o caso, estende-se a: a) processos disciplinares contraditórios ainda não julgados, estejam eles em curso ou conclusos para julgamento; b) processos investigativos (Sindicâncias Investigativas e Patrimoniais) já julgados, mesmo enquanto os processos contraditórios deles originados ainda não tiverem sido julgados; e c) processos investigativos ainda não julgados, mesmo que ainda não tenha havido notificação do servidor acusado, mas desde que já haja no processo identificação de pessoas envolvidas que tenham conferido poderes de assistência ao advogado solicitante.

De acordo com o § 13 do art. 7º, acrescentado ao referido Estatuto Profissional por meio da Lei nº 13.793/2019, o disposto nos incisos XIII e XIV aplica-se integralmente a processos e a procedimentos eletrônicos, ressalvadas a necessidade de apresentação de procuração e a possibilidade de delimitação de acesso, pela autoridade competente, aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e não documentados nos autos (§§ 10 e 11).

Os procedimentos investigativos não estão expressamente dispostos na Lei nº 8.112/90. A IN CGU nº 14/2018, porém, delimitou os contornos desses procedimentos e os dividiu em sindicância investigativa (SINVE) e sindicância patrimonial (SINPA), ressalvando a possibilidade de que órgãos e entidades, por regulamentação interna, instituam outros procedimentos investigativos.

Soma-se a tais procedimentos investigativos a Investigação Preliminar Sumária (IPS), regulamentada pela IN CGU nº 8/2020, que objetiva adequar os trabalhos correcionais ao disposto no art. 27 da Lei de Abuso de Autoridade.

35 VIANNA e XAVIER, 2017, p. 15

> *Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:*
>
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*
>
> *Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.*

Importa dizer, ainda, que os procedimentos investigativos aqui mencionados não possuem a capacidade de interromper o transcurso do prazo legalmente concedido ao Estado para aplicação de penalidades administrativas (prazo prescricional). É o que também estabelece o Enunciado CGU nº 1, de 4 de maio de 2011, transcrito a seguir:

> *PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. O processo administrativo disciplinar e a sindicância acusatória, ambos previstos pela Lei nº 8.112/90, são os únicos procedimentos aptos a interromper o prazo prescricional.*
>
> *Enunciado CGU nº 1 publicado no DOU de 5/5/11, seção 1, página 22*

Apesar da importância de que se revestem os procedimentos em comento para a elucidação das eventuais irregularidades cometidas por servidores públicos, a Administração Pública não está obrigada a adotá-los antes de instaurar o processo disciplinar propriamente dita e, mesmo que os adote, não será obrigada a acolher as proposições dispostas em seus relatórios finais, haja vista que esses relatórios são de natureza meramente opinativa. Todavia, repisa-se a recomendação aqui já procedida quando da discussão a respeito da obrigatoriedade da apuração (item 5.2): a instauração dos procedimentos de natureza contraditória deve se dar nos casos em que já existem indícios de materialidade e autoria, a fim de se observar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da economicidade.

Nesse diapasão, ponto importante a ser considerado é se os procedimentos investigativos aqui tratados suprem a determinação de apuração imediata prevista no art. 143 da Lei nº 8.112/90, posto que o mencionado dispositivo afirma que tal apuração deve ser realizada mediante sindicância acusatória ou processo administrativo disciplinar.

Embora a norma não tenha se referido a outra forma de apuração que não a sindicância acusatória ou processo administrativo disciplinar, não se cogita, sob pena de afrontar os princípios da eficiência e economicidade, dentre outros, que toda investigação para apurar qualquer notícia de irregularidade que chegue ao conhecimento da Administração seja realizada exclusiva e diretamente através dos citados procedimentos, com todos os ônus que lhes são inerentes – financeiros e administrativos –, mesmo porque os procedimentos disciplinares investigativos, quando necessários para o deslinde do caso, podem ser vistos como elementos informativos prévios e, de certa forma, integrantes da futura sindicância acusatória/punitiva ou processo administrativo disciplinar, uma vez que se constituirão nas primeiras informações constantes de tais instrumentos disciplinares, devendo seus principais atos, quando necessário, ser refeitos a posteriori sob o manto do contraditório e da ampla defesa.

Assim, conclui-se que os procedimentos investigativos, em que pese o seu aspecto reservado e meramente inquisitorial, são perfeitamente aptos para comprovar que a autoridade cumpriu com o dever legal de apurar a suposta irregularidade que tenha chegado ao seu conhecimento. A propósito, esse é o entendimento prelecionado por Vinícius de Carvalho Madeira, senão veja-se:

> *Portanto, a autoridade que tiver ciência de uma irregularidade é obrigada a apurá-la imediatamente, mas não precisa necessariamente instaurar PAD ou Sindicância. Antes, pode ser feito um levantamento inicial de informações, o qual pode ser efetuado via procedimento de investigação preliminar – também denominado de apuração prévia – ou outro procedimento escrito que comprove que a autoridade não se quedou inerte.*
>
> *(...)*

Esclareça-se que o art. 143 da Lei nº 8.112/90 determina a apuração imediata do fato irregular por PAD ou Sindicância. O que a autoridade faz ao utilizar a investigação preliminar é apurar imediatamente o fato e, se descobre indícios de irregularidade e autoria, apura o fato por processo administrativo disciplinar.[36]

Um aspecto também digno de nota é o relativo às possíveis consequências disciplinares de tais procedimentos, basicamente resumidas nas três assertivas seguintes: a) arquivamento do feito pela autoridade competente, caso não tenham sido encontrados indícios que sugiram a ocorrência de irregularidade funcional; b) instauração de sindicância acusatória ou processo administrativo disciplinar pela autoridade competente, em acolhimento da proposta contida no relatório resultante das investigações, caso tenham sido levantados indícios da configuração de irregularidade funcional e de sua autoria; ou c) proposta de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, quando a conduta praticada for considerada de menor potencial ofensivo, assim consideradas as puníveis com advertência ou suspensão até 30 dias, e o agente tenha ressarcido ou se comprometido a ressarcir o dano causado à Administração Pública.

Os indícios a que se reporta a alínea "b" do parágrafo anterior não precisam ser robustos ao ponto de possibilitarem uma conclusão absoluta e definitiva acerca da materialidade e autoria. A conclusão definitiva, apta inclusive a lastrear a aplicação de penalidades administrativas, apenas se dará após os procedimentos disciplinares punitivos onde se observem os princípios da ampla defesa e do contraditório, procedimentos esses que serão devidamente analisados em tópicos próprios.

Como exemplos das ações a serem realizadas no decurso dos procedimentos investigativos em tela, podem ser citados: solicitação de documentos ou informações ao representante ou denunciante, consulta a sistemas informatizados, análise da legislação pertinente, análise da documentação relativa ao caso, consulta de informações pertinentes ao feito junto a outros Órgãos ou Entidades e, caso seja indispensável, até mesmo a solicitação de manifestação do próprio denunciado ou representado.

Recomendação relevante referente aos trabalhos realizados a título de procedimento investigativo é a de que os servidores que atuaram nesses feitos não integrem as eventuais comissões de processos punitivos instaurados para apurar os mesmos fatos, especialmente naqueles casos em que o relatório da comissão prévia tenha sido categórico em especificar as condutas tidas como irregulares.

Tal recomendação estende-se, inclusive, aos servidores que tenham atuado em auditorias e congêneres relacionadas aos fatos a serem apurados, posto que já possuem suas convicções sobre a materialidade e autoria, as quais foram formadas sem o contraditório e a ampla defesa. Toda essa precaução é para evitar alegações de prejulgamento por parte dos membros das comissões disciplinares acusatórias.

Resta consignar que o relatório propositivo oriundo dos procedimentos sob exame também pode sugerir medidas de cunho eminentemente gerencial, como a realização de alterações na rotina de trabalho de determinada seção ou no sistema de controle interno, tudo com vistas a evitar futuras irregularidades.

Enfim, os procedimentos disciplinares investigativos não dão origem a punições disciplinares, portanto estão dispensados da observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Tampouco possuem o condão de interromper o prazo prescricional, não são de utilização obrigatória, possuem relatórios finais meramente opinativos e devem ser realizados de forma restrita.

6.1.1. Sindicância Investigativa (SINVE)

A SINVE, além do disposto na doutrina e jurisprudência, tem sua existência formal prevista no art. 5º II, da IN CGU nº 14/2018, c/c o art. 19, que assim a define:

Art. 19. A SINVE constitui procedimento de caráter preparatório, destinado a investigar falta disciplinar praticada por servidor ou empregado público federal, quando a complexidade ou os indícios de autoria ou materialidade não justificarem a instauração imediata de procedimento disciplinar acusatório.

36 MADEIRA, 2008, p. 33 e 73.

Parágrafo único. Da SINVE não poderá resultar aplicação de penalidade, sendo prescindível a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Observando-se que o instrumento sob estudo é de suma importância e, por isso, bastante utilizado pela Administração em seus trabalhos investigativos – até mesmo antes do surgimento da sindicância acusatória prevista na Lei nº 8.112/90 – e, ainda, observando-se a ausência de expressa referência a tal instrumento no Estatuto dos Servidores, julga-se oportuno expor a posição da doutrina brasileira e dos tribunais superiores a respeito do tema:

> *Sindicância administrativa é o meio sumário de apuração ou elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao infrator. Pode ser iniciada com ou sem sindicado, bastando que haja indicação de falta a apurar. Não tem procedimento formal, nem exigência de comissão sindicante, podendo realizar-se por um ou mais funcionários designados pela autoridade competente. Dispensa defesa do sindicado e publicidade no seu procedimento, por se tratar de simples expediente de apuração ou verificação de irregularidade, e não de base para punição, equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal.*[37]
>
> *De efeito, concebe-se que a sindicância disciplinar, na espécie inquisitorial, além de não jungir-se ao esquema do contraditório, é realizada de forma sigilosa e discricionária. O perfil inquisitorial dessa espécie de sindicância retira-lhe a característica de processo. O que a torna imprópria para servir de base à imposição de qualquer reprimenda disciplinar, por mais branda que seja.*
>
> *(…)*
>
> *Nessa espécie de sindicância, impõe-se o sigilo com vistas a preservar a dignidade do serviço público. Bem como para tornar mais eficientes os trabalhos investigatórios. Já a discricionariedade assegura que as investigações sejam realizadas nos moldes definidos pelo sindicante. Sem sujeição a ritos preestabelecidos. O que não implica contemporizar arbitrariedades, prepotências e desmandos.*[38]
>
> *Ementa: A estrita reverência aos princípios do contraditório e da ampla defesa só é exigida, como requisito essencial de validez, assim no processo administrativo disciplinar, como na sindicância especial que lhe faz às vezes como procedimento ordenado à aplicação daquelas duas penas mais brandas, que são a advertência e a suspensão por prazo não superior a trinta dias. Nunca, na sindicância que funcione apenas como investigação preliminar tendente a coligir, de maneira inquisitorial, elementos bastantes à imputação de falta ao servidor, em processo disciplinar subsequente.*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.791. Relator: Ministro Cezar Peluzo, julgado em 13/11/2003, publicado em 19/12/2003)*
>
> *Ementa: 1. A sindicância que vise apurar a ocorrência de infrações administrativas, sem estar dirigida, desde logo, à aplicação de sanção, prescinde da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, por se tratar de procedimento inquisitorial, prévio à acusação e anterior ao processo administrativo disciplinar.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 7.983. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 23/2/2005, publicado em 30/3/2005)*

Sobre o rito da SINVE, a IN CGU nº 14/2018, nos arts. 20 a 22, prevê as regras basilares, a saber: a) condução por um único servidor[39] efetivo ou por comissão composta por dois ou mais servidores efetivos, dispensando-se o requisito da estabilidade; b) desnecessidade de publicação do ato instaurador; c) conclusão no prazo de até 60 (sessenta) dias, prorrogáveis, sendo admitida, ainda, a recondução dos trabalhos; d) deverá culminar em relatório conclusivo, no sentido da instauração de processo contraditório ou do arquivamento.

37 MEIRELLES, 2011, p. 705.

38 COSTA, 2011, p. 322.

39 Empregado público, nas entidades que não tiverem quadros compostos por servidores estatutários.

Admitida a realização da SINVE por uma comissão, bem como pensando na hipótese de incontornável divergência nas conclusões dos membros quando da elaboração do relatório final, poderão ser proferidos votos em apartado (relatórios distintos), cabendo à autoridade competente avaliá-los quando de sua tomada de decisão, que poderá resultar no arquivamento do feito, na instauração de procedimento contraditório ou, excepcionalmente, na determinação de complementação das investigações.

6.1.2. Sindicância Patrimonial (SINPA)

A SINPA também é um procedimento inquisitorial, de acesso restrito, não contraditório e não punitivo, que visa colher dados e informações suficientes a subsidiar a autoridade competente na decisão sobre a deflagração de processo administrativo disciplinar. O seu escopo é delimitado, constituindo importante instrumento de apuração prévia de práticas corruptivas envolvendo agentes públicos, na hipótese em que o patrimônio destes aparente ser superior à renda licitamente auferida.

Nesse sentido, constitui a sindicância patrimonial um instrumento preliminar de apuração de infração administrativa consubstanciada em enriquecimento ilícito, tipificada art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92, possuindo previsão normativa no Decreto nº 5.483/05, e no art. 5º, III, da IN CGU nº 14/2018.

A SINPA é um relevante instrumento à disposição da Administração Pública, desempenhando papel de destaque na apuração das infrações administrativas potencialmente causadoras de enriquecimento ilícito do agente público, na medida em que, mediante a análise da evolução patrimonial do agente, poderão ser extraídos suficientes indícios de incompatibilidade patrimonial capazes de instruir a deflagração do processo administrativo disciplinar propriamente dito – que poderá culminar na aplicação da pena de demissão (art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90) e na propositura da ação de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92.

Com efeito, o inciso VII do art. 9º da lei de improbidade administrativa estabelece que constitui enriquecimento ilícito "*adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público*". Por outro lado, da leitura do art. 132, IV, da Lei nº 8112/90, depreende-se que o ato de improbidade administrativa praticado por servidor público federal constitui falta disciplinar e enseja a aplicação da penalidade de demissão.

Assim, na medida em que o enriquecimento ilícito do servidor constitui ilícito administrativo, a denúncia, notícia ou suspeita da prática dessa irregularidade deve ser apurada, ex vi do art. 143 da Lei nº 8.112/90. Entretanto, previamente à deflagração do processo administrativo disciplinar, poderá a autoridade competente valer-se da SINPA, na qual se procederá à análise da evolução patrimonial do servidor, com vistas a confirmar ou não o teor denunciativo e fundamentar a decisão pelo arquivamento ou pela instauração do processo contraditório.

Desta forma, consoante o parágrafo único do art. 7º e o art. 8º do Decreto nº 5.483/05, identificados indícios de enriquecimento ilícito, inclusive por evolução patrimonial incompatível do agente público, poderá ter lugar a instauração de sindicância patrimonial, pela CGU ou órgão ou entidade competente (de ofício ou por requisição da própria CGU).

A SINPA encontra-se regulamentada nos arts. 7º a 9º do Decreto nº 5.483/2005 e arts. 23 a 29 da IN CGU nº 14/2018.

A instauração da SINPA opera-se com a emissão de portaria pela autoridade competente, na qual deverão constar os servidores designados para compor a comissão sindicante, o número do processo no qual constam os fatos que serão objeto de apuração e o prazo para a realização dos trabalhos.

De acordo com o art. 9º, § 1º, do Decreto nº 5.483/05 e art. 24 da IN CGU nº 14/2018, a SINPA será conduzida por comissão composta, no mínimo, por dois servidores efetivos, com indicação do presi-

dente dos trabalhos. A estabilidade não é exigida e, conforme o quadro funcional das entidades, a comissão será composta por empregados públicos.

O prazo para a conclusão dos trabalhos será de trinta dias, contados da data da publicação do ato que constituir a comissão, prorrogáveis por igual período, admitindo-se, ainda, a recondução da comissão, para conclusão das investigações (cf. art. 9º, § 2º do Decreto nº 5.483/05 c/c art. 25 da IN CGU nº 14/2018).

A respeito da instrução da SINPA, veja-se o que estabelecem os arts. 26 e 27 da IN CGU nº 14/2018, *in verbis*:

> *Art. 26. A comissão de SINPA poderá solicitar a quaisquer órgãos e entidades detentoras de dados, tais como cartórios, departamentos estaduais de trânsito e juntas comerciais, informações relativas ao patrimônio do servidor ou empregado sob investigação, e de outras pessoas físicas e jurídicas que possam guardar relação com o fato sob apuração.*
>
> *Art. 27. A apresentação de informações e documentos fiscais ou bancários pelo sindicado ou pelas demais pessoas que possam guardar relação com o fato sob apuração, independentemente de solicitação da comissão, implicará renúncia dos sigilos fiscal e bancário das informações apresentadas para fins da apuração disciplinar.*

Da leitura, extrai-se que a comissão sindicante deve realizar todas as diligências postas ao seu alcance, no sentido de elucidar o fato sob investigação, inclusive tomando, se for o caso, o depoimento do sindicado e abrindo-lhe a oportunidade de apresentar justificativas para o eventual acréscimo patrimonial. Importa mencionar, porém, que tal providência não retira o caráter inquisitorial da SINPA.

Verifica-se, outrossim, que o escopo de apuração da comissão sindicante será eminentemente patrimonial, uma vez que deverá apurar, em termos qualitativo e quantitativo, a composição e o valor dos bens e direitos que integram o patrimônio do servidor, assim como as dívidas. E, para tanto, poderá se valer de fontes de consulta tais como Cartórios de Registros Imobiliários, Cartórios de Registros de Títulos e Documentos, Departamentos de Trânsito, Juntas Comerciais, Capitania de Portos, inclusive de outros entes da Federação.

É possível, ainda, a obtenção de acesso aos dados fiscais e bancários do sindicado.

No que se refere ao sigilo fiscal, a Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, ao conferir nova redação ao art. 198 do Código Tributário Nacional, permitiu o seu afastamento pela via administrativa, não precisando a comissão sindicante recorrer ao Poder Judiciário para obter as informações fiscais do sindicado, as quais poderá solicitar, diretamente, aos órgãos fazendários[40]. Eis o que dispõe o citado artigo, in verbis:

> *Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal,* ***é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública*** *ou de seus servidores,* ***de informação*** *obtida em razão do ofício sobre a situação* ***econômica ou financeira do sujeito passivo*** *ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.*
>
> *§ 1º* ***Excetuam-se*** *do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:*
>
> *I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;*
>
> *II –* ***solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.***
>
> *§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade so-*

40 Surgindo a necessidade no caso concreto, a comissão deverá verificar a regra vigente sobre a formalização do pedido à Receita Federal, pois, em alguns locais, admite-se o pedido formulado diretamente pela comissão e, em outros, a solicitação se dá via autoridade instauradora ou outra autoridade designada no órgão/entidade.

licitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (...) (grifou-se)

Impende esclarecer que o acesso aos dados fiscais não está restrito às declarações de imposto de renda, podendo ser avaliadas a declaração de operações imobiliárias, de imposto sobre operações financeiras, dentre outras, conforme o caso.

Havendo, porém, a necessidade de obtenção dos dados protegidos por sigilo bancário, a prévia autorização do Poder Judiciário é indispensável, nos termos do art. 3º, § 2º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, conforme se lê:

> *Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.*
>
> *§ 1º* ***Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário*** *a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos* ***solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor*** *público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido. (grifou-se)*

Nessa esteira, caberá à comissão solicitar ao órgão integrante da Advocacia-Geral da União competente o ajuizamento de processo de afastamento de sigilo bancário perante o órgão judiciário, devendo, para esse fim, demonstrar a necessidade e a relevância da obtenção dessas informações para a completa elucidação dos fatos sob apuração no bojo da sindicância patrimonial.

Vale lembrar que, ao acessar os dados protegidos por sigilo fiscal e/ou bancário, os servidores integrantes da comissão assumem o dever de manutenção do sigilo, impondo-se, portanto, redobrada cautela.

Ressalva-se que em decorrência da incidência do princípio constitucional da publicidade não incide a proteção ao sigilo bancário nas seguintes situações: a) operação bancária em que a contraparte da instituição financeira é pessoa jurídica de direito público; ou b) operação bancária que envolva recursos públicos, ainda que parcialmente, independentemente da contraparte da instituição financeira. Foi o estabelecido pelo Parecer Vinculante AGU Nº AM - 06, que adotou o Parecer Plenário nº 5/2017/CNU/CGU/AGU, com a seguinte ementa:

> *EMENTA: Direito Administrativo. Acesso às informações protegidas por sigilo bancário pelos órgãos de controle. Princípio da publicidade. Extensão ou compartilhamento de sigilo. Prevalência do princípio constitucional da publicidade, nos termos deste parecer. Oponibilidade do sigilo, quando existente, a órgãos de controle.*
>
> *1. Além das hipóteses previstas no art. 1º, §§ 3º e 4º, da Lei Complementar nº 105, de 2001, não incide a proteção ao sigilo bancário, em decorrência da incidência do princípio constitucional da publicidade, ao menos nas seguintes situações: a) operação bancária em que a contraparte da instituição financeira é pessoa jurídica de direito público; ou b) operação bancária que envolva recursos públicos, ainda que parcialmente, independentemente da contraparte da instituição financeira.*
>
> *2. Para este fim, devem ser considerados recursos públicos aqueles previstos nos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, incluídos os orçamentos previstos no § 5º do art. 165 da Constituição.*
>
> *3. Por coerência, também devem ser considerados públicos os recursos titularizados não pela coletividade como um todo, mas por coletividades parciais (como os trabalhadores regidos pela CLT ou servidores públicos) que sejam administrados pelo poder público, tal como o FGTS e o Fundo PIS-PASEP, mas apenas em relação à sua aplicação pelas instituições financeiras, excluídas as operações bancárias realizadas entre o banco e o titular de contas individualizadas (cotista do fundo), que continuam protegidas pelo sigilo bancário.*

4. A exceção ao sigilo bancário decorrente do princípio da publicidade atinge apenas a operação inicial de transferência dos recursos públicos, e não as operações subsequentes realizadas pelo tomador dos recursos e decorrentes da disponibilização destes em conta corrente ou por outro meio.

5. A exceção ao sigilo bancário, decorrente da incidência do princípio constitucional da publicidade, não implica a supressão de outros sigilos previstos em lei ou em norma regulatória editada pela autoridade competente, em especial o Banco Central do Brasil ou a CVM – Comissão de Valores Mobiliários, cuja incidência sobre documentos apresentados à instituição financeira ou por ela produzidos deve ser verificada caso a caso.

6. Salvo na hipótese de celebração do convênio a que se refere o art. 2º, § 4º, I, da Lei Complementar nº 105, de 2001, o sigilo bancário, quando incidente, deve ser oposto inclusive ao Ministério Público, aos tribunais de contas e ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, sendo inaplicáveis o art. 26 da Lei nº 10.180, de 2001, e o art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75, de 1993.

Apurado pela comissão quais os bens e direitos que integram o patrimônio do servidor e o valor de cada um deles, os sindicantes deverão cotejar o resultado obtido com a renda auferida pelo servidor investigado e a evolução do seu patrimônio declarado, com vistas a verificar se eventual acréscimo decorreu da evolução normal desse patrimônio, é dizer: se possui o devido lastro correspondente. Com o resultado obtido pela realização do fluxo de caixa e da análise patrimonial do servidor, a comissão estará apta a emitir o seu juízo de valor sobre o apurado, mediante a elaboração da peça denominada relatório.

O relatório, à luz do disposto no § 3º do art. 9º do Decreto nº 5.483/05 e consoante o previsto no art. 28 da IN CGU nº 14/2018, deverá ser conclusivo e apontar se o conteúdo denunciativo encontra, ou não, guarida na evolução patrimonial apurada do servidor, sugerindo, em consequência, a instauração de processo administrativo disciplinar ou o arquivamento da SINPA.

Vale registrar o entendimento administrativo consolidado no sentido da desnecessidade de comprovação da origem ilícita do patrimônio do sindicado. Ou seja, se tal não é requisito para possível apenação, não poderá, por exemplo, servir de fundamento para uma sugestão de arquivamento da sindicância patrimonial. Tal entendimento encontra-se esposado no Enunciado CGU nº 8, de 9 de dezembro de 2014, in verbis:

Art. 132, IV, Lei nº 8.112/90 c/c art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92. ÔNUS DA ADMINISTRAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA DESPROPORCIONALIDADE. Nos casos de ato de improbidade que importem em enriquecimento ilícito pelo agente público, cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou à sua renda, compete à Administração Pública apenas demonstrá-lo, não sendo necessário provar que os bens foram adquiridos com numerário obtido através de atividade ilícita.

Enunciado CGU nº 8, publicado no DOU de 10/12/14, seção 1, página 2

Conforme art. 29 da IN CGU nº 14/2018, em caso de confirmação dos indícios de enriquecimento ilícito, a autoridade julgadora comunicará os órgãos competentes, para as providências de sua alçada (MPF, TCU, CGU, SRFB, COAF, AGU).

6.1.2. Investigação Preliminar Sumária (IPS)

A IPS foi regulamentada pela IN CGU nº 8/2020 e constitui procedimento administrativo de caráter preparatório, informal e de acesso restrito, que tem por finalidade coletar elementos de informação acerca da autoria e materialidade de suposta irregularidade ocorrida na Administração Pública, com vistas à oferecer subsídios à decisão da autoridade competente quanto à necessidade de instauração de processo correcional acusatório.

Tal instrumento se coaduna com o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei n.º 13.869/2019, que estabelece não constituir crime a instauração de investigação preliminar sumária, devidamente justificada, com vistas a investigar suposto ilícito funcional.

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

Por ter caráter informal, a instauração da IPS poderá ocorrer mediante simples despacho da autoridade competente, sem a publicação em boletim interno ou D.O.U, e os trabalhos devem ser concluídos no prazo de até 180 dias.

Ademais, sua condução é feita pela unidade de correição e os atos instrutórios praticados por um ou mais servidores, possibilitando que cada ato seja praticado por servidor mais capacitado na matéria.

Os atos instrutórios da IPS se dividem em (i) exame inicial das informações e provas existentes. (ii) coleta de evidências e informações necessárias para averiguação da procedência da notícia e (iii) manifestação conclusiva e fundamentada, indicando a necessidade de instauração do processo acusatório, de celebração de TAC ou de arquivamento da notícia.

Cabe à autoridade instauradora supervisionar os atos instrutórios, que devem observar o cronograma de trabalho estabelecido e os meios probatórios adequados,

6.2. PROCEDIMENTOS ACUSATÓRIOS

6.2.1. Sindicância Acusatória (SINAC)

Podemos conceituar sindicância acusatória, punitiva ou contraditória como o procedimento legal instaurado para apurar responsabilidade de menor potencial ofensivo, em que deverá ser respeitada a regra do devido processo legal, por meio da ampla defesa, do contraditório e da produção de todos os meios de provas admitidos em direito[41].

As diferenças existentes entre a sindicância investigativa e a acusatória são de fundamental importância para a fase instrutória do procedimento e, consequentemente, para o regular desfecho do processo quando a comissão propuser seu relatório final.

Assim, com a instauração da sindicância, a comissão deve ater-se ao tipo de instrumento utilizado, investigativo ou acusatório. No caso do processo acusatório, a comissão é obrigada a respeitar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sob pena de invalidade e de sua posterior declaração de nulidade pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário.

Consoante visto no item 6.1.1, a sindicância investigativa dispensa autoria e materialidade definidas, prescinde do contraditório e da ampla defesa, pode ser conduzida por um ou mais sindicantes, não possui etapas pré-definidas. Enfim, é um procedimento preparatório para a instauração de um processo administrativo disciplinar ou mesmo de uma sindicância acusatória – caso haja materialidade e possível autoria – ou para a propositura de arquivamento da denúncia – no caso de inexistirem indícios de irregularidades ou de não se encontrar nenhum suspeito pela prática do fato.

Por outro lado, a sindicância acusatória deve ser conduzida por comissão composta por, no mínimo, dois servidores estáveis, e observar as etapas dispostas no rito ordinário do processo administrativo disciplinar, ou seja, instauração, inquérito administrativo (instrução, defesa e relatório) e julgamento.

41 MATTOS, 2010, p. 550.

É importante frisar que o STF, ao julgar o RMS nº 22.789/DF, apontou a existência de duas modalidades de sindicância: preparatória, para servir de alicerce ao processo administrativo disciplinar e a instrutória (aqui denominada acusatória), sendo que desta última pode-se extrair punição aos agentes, com observância do contraditório e da ampla defesa.

É de se ressaltar, também, que a apuração de irregularidades no serviço público é feita por sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa, conforme dispõe o art. 143 da Lei nº 8.112/90. Logo, o processo disciplinar não pressupõe a existência de uma sindicância, mas, se esta for instaurada, é preciso distinguir que, se não forem observados os princípios da ampla defesa e do contraditório, será mero procedimento preparatório do processo administrativo disciplinar e, portanto, sindicância investigativa. E nesse processo administrativo disciplinar é que será imprescindível a obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório[42] (vide Mandado de Segurança nº 22.791/MS, 19.12.2003, Plenário, STF).

Em certas ocasiões, o processo administrativo disciplinar é instaurado a partir das informações inicialmente obtidas na sindicância. Neste caso, é de se observar que os eventuais defeitos que possam ter existido na sindicância não têm o poder de macular a posterior imposição da pena ao servidor, uma vez que esta terá sido infligida com base unicamente nas provas colhidas no inquérito integrante do processo administrativo disciplinar. Ademais, a legalidade do processo disciplinar independe da validade da investigação efetuada por meio da sindicância da qual adveio aquele apuratório. Acrescenta-se que os autos da sindicância constituem elementos informativos do processo disciplinar, podendo ser apensados ao processo administrativo disciplinar, como peça informativa da instrução, conforme dispõe. o art. 154 do Estatuto Funcional.[43]

> *Art. 154. Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução.*

É salutar diferenciar as formas pelas quais as informações advindas das sindicâncias deverão ser tratadas no processo administrativo disciplinar. Nas sindicâncias investigativas ou patrimoniais que redundarem na instauração do PAD, todos os atos de instrução probatória deverão ser refeitos, pois não houve, a princípio, a observância do contraditório e da ampla defesa. No caso de sindicância acusatória, se tiverem sido observados todos os princípios dispostos no inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal, a comissão pode ratificar os atos produzidos ou refazê-los.

As provas meramente documentais, colhidas em sindicância prévia, investigativa ou acusatória, possuem, em regra, validade plena no PAD, devendo apenas serem apensadas aos novos autos e ofertada vista delas ao acusado.

Todavia, na hipótese de utilização de provas testemunhais ou outras que demandem a participação do acusado na sua produção (tais como perícias e exames) para fundamentar eventual acusação, o colegiado deverá determinar o refazimento do ato que não houver sido produzido, originalmente, com respeito ao contraditório, como é o caso, por exemplo, de depoimento prestado em sindicância meramente investigativa.

Por fim, registre-se que o art. 30 da IN CGU nº 14/2018 prevê o cabimento da SINAC para os casos menos graves (sujeitos ao arquivamento ou apenação com advertência ou suspensão de até trinta dias), que não sejam passíveis de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

6.2.1.1. Fases da sindicância acusatória

A sindicância acusatória segue as mesmas fases dispostas na Lei nº 8.112/90 para o processo administrativo disciplinar, já que a lei não dispõe de forma explícita sobre os procedimentos específicos da sindicância e o princípio da legalidade exige observância a rito previsto em lei.[44]

42 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RMS nº 22.789-RJ. Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 4/5/1999, publicado em 25/6/1999.

43 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 22.103/RS. Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 24/11/1995.

44 MADEIRA, 2008, p. 66.

É importante frisar que a revogada Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952, que tratava do direito disciplinar, não dispunha da sindicância como procedimento autônomo. A doutrina e a jurisprudência resolveram o problema não solucionado pela Lei nº 8.112/90, ao dividirem a sindicância em duas: investigativa e acusatória, sendo que, aquela, por não possuir caráter punitivo, nem observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, não tem rito próprio definido.

O processo de sindicância acusatória se inicia com a publicação da portaria de instauração pela autoridade responsável. Na portaria devem constar os nomes dos sindicantes, o prazo para conclusão dos trabalhos e o número do processo que contém os fatos a serem apurados. Deve-se abster de indicar expressamente quais são os fatos sob apuração, bem como o nome dos investigados, a fim de se evitar limitação inadequada ao escopo apuratório e garantir o respeito à imagem dos acusados

Após, inicia-se a fase instrutória do processo, sendo conduzida pela comissão, a qual deverá de imediato notificar o sindicado, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Na condução dos trabalhos da sindicância os membros devem exercer suas atividades com independência e imparcialidade, assegurando o sigilo necessário para a elucidação do fato cometido, o que é importante para, no decurso da apuração, evitar a aplicação de penalidade injusta e descabida ao acusado.[45]

Em seguida, a comissão deverá buscar provas (materiais ou testemunhais) para a elucidação dos fatos, tendo em vista o princípio da verdade material e em respeito ao art. 155 da Lei nº 8.112/90, segundo o qual, na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de provas, recorrendo quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

Atente-se para o fato de que as comissões deverão registrar suas deliberações em ata, assim como realizar as comunicações processuais observando as mesmas exigências dispostas no processo disciplinar. A fase instrutória se encerra com a entrega do termo de indiciação ao sindicado ou com o relatório final da comissão sugerindo o arquivamento do feito. No primeiro caso, se o processo tiver apenas um indiciado, o prazo será de dez dias para apresentação de defesa escrita. Sendo dois ou mais indiciados, o prazo será comum de 20 (vinte) dias. Essa etapa foi tratada pela Lei nº 8.112/90 nos arts. 165 e 166.

Assim, após a apresentação da defesa escrita, inicia-se nova fase, com a elaboração do relatório final, o qual deverá ser minucioso, mencionando as provas nas quais a comissão se baseou para formar sua convicção. Ademais, o relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor sindicado.[46] Neste ponto compete destacar que o art. 35 da IN CGU nº 14/2018 trouxe os elementos que deverão estar contidos no relatório final do PAD, extensíveis, no que couber, à Sindicância Acusatória.

A última etapa, de acordo com o art. 167 da citada lei, é a do julgamento do processo, na qual a autoridade terá o prazo de 20 (vinte) dias, contado do recebimento dos autos, para proferir decisão final sobre o feito.

Para exarar essa decisão, a autoridade levará em conta todos os elementos contidos no processo, o enquadramento dos fatos, a tipificação do ilícito, as provas testemunhais e documentais, entre outras, a defesa e o relatório. De modo geral, a autoridade acata o parecer da comissão, quer absolutório, quer condenatório. Entretanto, de acordo com o art. 168 da Lei nº 8.112/90, a autoridade julgadora, de acordo com o princípio do livre convencimento, pode divergir do relatório produzido pela comissão, caso seja contrário às provas dos autos.[47]

É importante destacar que o julgamento da sindicância proferiqdo pela autoridade competente poderá sofrer revisão, conforme consta no art. 182 da Lei nº 8.112/90. Ademais, dessa revisão não poderá

45 MATTOS, 2010, p. 552 e 55.

46 LESSA, 2000, p. 109.

47 RIGOLIN, 2010, p. 344 a 347.

resultar agravamento da pena, segundo dispõe o parágrafo único do citado artigo (princípio da *ne reformatio in pejus*).

6.2.1.2. Composição da Comissão

A interpretação sistêmica do art. 149 da Lei nº 8112/90 poder levar, a princípio, à conclusão de que a comissão de sindicância acusatória seja composta por três membros estáveis. Entretanto, pode-se analisar o citado artigo de maneira contrária, sendo que apenas o processo administrativo disciplinar deva necessariamente ser conduzido por três integrantes.

De fato, tendo em vista a praxe administrativa e a escassez de servidores para comporem comissões de sindicância e de processo administrativo disciplinar, admitem-se comissões de sindicância acusatória compostas por apenas dois integrantes.

A propósito, o art. 31, § 1º, da IN CGU nº 14/2018 sana definitivamente a questão. Com efeito, referido dispositivo estabelece que, no caso de sindicância acusatória, a comissão deva ser composta por dois ou mais servidores estáveis, exigindo-se, ainda, a observância da regra da hierarquia funcional, tratada na parte final do caput do art. 149 da Lei nº 8.112/90, segundo a qual o presidente da comissão deverá ocupar cargo efetivo de mesmo nível ou superior ou, ainda, ter nível de escolaridade igual ou superior ao do (s) servidor (es) sindicado (s).

6.2.1.3. Prazos da Sindicância

Os prazos da sindicância são diferentes do processo administrativo disciplinar. O art. 145, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, dispõe que a sindicância deverá ser concluída em até 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogada por igual período, o que é corroborado no art. 31, § 2º, da IN CGU nº 14/2018.

Ressalte-se, por outro lado, que esses prazos não são fatais, ou seja, pode a comissão propor a recondução para ultimar os trabalhos até a entrega do relatório final – fase última da etapa instrutória. Isso significa que, vencidos o prazo inicial e de prorrogação, pode a autoridade designar novamente a comissão, com os mesmos ou novos membros, e assim sucessivamente, enquanto necessário ao deslinde definitivo da questão (cf. art. 31, § 3º, da IN CGU nº 14/2018). Obviamente que a autoridade sempre deverá, no caso concreto, sopesar a necessidade de sucessivas prorrogações e reconduções, e sempre à luz de princípios como os da eficiência, economicidade, duração razoável do processo, sem ignorar, ainda, a previsão contida na Lei de Abuso de Autoridade acerca de se estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado (art. 31 da Lei nº 13.869/2019). Maiores explicações sobre a continuidade da apuração após o prazo inicialmente estabelecido serão fornecidas no item 8.2.3.

Ademais, ressalte-se que a instauração da sindicância acusatória, do mesmo modo que ocorre para o processo administrativo disciplinar, interrompe o prazo de prescrição até o período estabelecido em lei para sua conclusão, conforme será abordado no item 15.3.

6.2.1.4. Desnecessidade de instauração da sindicância acusatória previamente ao processo administrativo disciplinar

A expressão processo administrativo disciplinar (gênero), comporta as espécies: processo administrativo disciplinar (PAD) e sindicância acusatória. A Lei nº 8.112/90 não trata do rito específico da sindicância, sendo utilizadas, de maneira análoga, as fases dispostas no processo administrativo disciplinar.

O art. 145 da Lei nº 8.112/90 dispõe que da sindicância poderá resultar o arquivamento do processo, a aplicação de penalidade de advertência ou suspensão por até 30 (trinta) dias e a instauração de processo administrativo disciplinar.

Nesse aspecto, a proposta de arquivamento do processo e a sugestão de instauração de processo administrativo disciplinar (PAD) podem advir tanto da sindicância investigativa quanto da sindicância acusatória.

Porém, diferentemente da sindicância investigativa, cujo objeto é delimitar eventual autoria ou materialidade, a sindicância acusatória, quando instaurada, advém de um juízo de admissibilidade no qual já se constataram indícios da materialidade do fato ou da possível autoria (acusado), no que se aproxima do PAD.

Nesse sentido, pode-se asseverar que para se investigar conteúdo denunciativo, etapa integrante do juízo de admissibilidade, o instrumento adequado a ser manejado é a sindicância investigativa (ou outro procedimento investigativo), e não a sindicância acusatória estabelecida na Lei nº 8.112/90. Vale dizer: sempre que se quiser buscar elementos de convicção para fundamentar a instauração de sindicância acusatória ou de processo administrativo disciplinar, o instrumento adequado é algum dos procedimentos investigativos já tratados no item 6.1.

Superada, por qualquer meio já abordado, esta busca pelos indícios de autoria e materialidade, se pode afirmar que sindicância acusatória e PAD são procedimentos autônomos e a decisão pela utilização de um ou de outro deverá ser adotada segundo as circunstâncias do caso concreto. Isto significa dizer que não há necessidade de instauração de sindicância acusatória previamente à instauração do PAD.

Em linhas gerais, quando a infração disciplinar apurada for punível com advertência ou suspensão por até 30 dias, pode ser utilizada a sindicância acusatória, ex vi do art. 145, inciso II, da Lei nº 8.112/90. Por outro lado, se a punição aplicável for suspensão por mais de 30 dias, a demissão, a cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou a destituição de cargo em comissão, a lei é impositiva ao determinar, no art. 146, a obrigatoriedade da instauração do PAD.

Assim, em que pese a possibilidade, inclusive legal, de adotar-se, no caso concreto, a sindicância acusatória, é importante apontar as possíveis desvantagens na escolha deste procedimento.

A primeira delas seria, no curso ou ao final da sindicância acusatória, se verificar a ocorrência de situação com maior gravidade que a inicialmente cogitada e para a qual o procedimento legalmente previsto seria o PAD o qual, nesta hipótese, deverá ser, necessariamente, instaurado.

Outra desvantagem é o fato de a Lei nº 8.112/90, apesar de prever a sindicância em si, não prever um rito diferenciado em relação ao PAD. Não há, por exemplo, pelo fato de ser possível apenas a aplicação de penalidades menos gravosas, qualquer possibilidade de abreviação de ritos, em contrariedade à observância do contraditório e da ampla defesa.

Ainda, no que se refere aos prazos laborativos: no PAD a comissão processante goza inicialmente de até 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por igual período, o que poderá totalizar 120 (cento e vinte) dias para o desenvolvimento dos trabalhos, superando o máximo de 60 (sessenta) dias que pode ser atingido pela sindicância (até 30 iniciais, prorrogáveis por igual período).

Verifica-se desvantagem, ainda, no que se refere à prescrição. Embora tanto a sindicância acusatória/punitiva quanto o PAD sejam processos aptos à interrupção da contagem, verifica-se diferença no que diz respeito à quando o prazo prescricional voltará a correr.

Quanto à interrupção do prazo prescricional, o § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 estabelece que "*a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente*." Além disso, segundo o § 4º do mesmo artigo, "*interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção*".

Da leitura desse dispositivo, se pode concluir que, no PAD, a prescrição voltará a correr em até 140 (cento e quarenta) dias após a sua instauração (até 60 dias do prazo inicial + até 60 dias do prazo de prorrogação + 20 dias do julgamento). Na sindicância acusatória, contudo, o fluxo prescricional será retomado em até 80 (oitenta) dias (até 30 dias do prazo inicial + até 30 dias do prazo de prorrogação + 20 dias do

prazo de julgamento). Assim, quando se instaura uma sindicância acusatória, a prescrição se configurará em até 60 (sessenta) dias antes da data em que ocorreria, caso o procedimento instaurado tivesse sido um PAD.

Finalmente, outro ponto que merece atenção especial é a hipótese em que a comissão sindicante propõe penalidade de suspensão para servidores públicos ocupantes apenas de cargos em comissão. Nota-se do art. 135 da Lei nº 8.112/90 que o servidor sem vínculo efetivo pode ser destituído do cargo em comissão em razão de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão. Por outro lado, extrai-se da leitura do art. 146 da Lei nº 8112/90 que nos casos de aplicação das penalidades de suspensão superior a 30 (trinta) dias, de demissão, de cassação de aposentaria ou disponibilidade, ou de destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo administrativo disciplinar.

Dessa forma, pode-se concluir que a sindicância não é meio hábil para se propor destituição de cargo em comissão, mesmo que infração esteja sujeita, originariamente, à penalidade de suspensão inferior a 30 dias. Isso porque a própria lei já exige o processo administrativo disciplinar em sentido estrito para a imposição da penalidade de destituição de cargo em comissão, independentemente de a infração ser originariamente punível com suspensão ou demissão.

Assim, especialmente pelos motivos aqui elencados, haverá de ser feito um rigoroso juízo, em cada caso concreto, sobre a viabilidade/adequação da instauração de sindicância acusatória ou PAD, lembrando que, ambos sendo procedimentos que poderão resultar em penalidade, pressupõem a existência de indícios de autoria e materialidade e exigem a observância do contraditório e da ampla defesa.

Diante de todas estas considerações, a IN CGU nº 14/2018, veicula a recomendação de, em caso de dúvida, optar-se pela instauração de PAD, conforme se lê:

> *Art. 30. (...)*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Quando houver dúvida acerca da gravidade da infração a ser apurada, a autoridade competente deverá decidir pela instauração de PAD.*

6.2.2. Sindicância Disciplinar para Temporários

Trata-se da Sindicância Disciplinar para apuração de possíveis irregularidades cometidas pelo pessoal contratado por tempo determinado (temporários), nos termos da Lei nº 8.745/1993.

Sobre o aspecto disciplinar, a Lei nº 8.745/1993 assim previu:

> *Art. 10. As infrações disciplinares atribuídas ao pessoal contratado nos termos desta Lei serão apuradas mediante sindicância, concluída no prazo de trinta dias e assegurada ampla defesa.*
>
> *Art. 11. Aplica-se ao pessoal contratado nos termos desta Lei o disposto nos arts. 53 e 54; 57 a 59; 63 a 80; 97; 104 a 109; 110, incisos, I, in fine, e II, parágrafo único, a 115; 116, incisos I a V, alíneas a e c, VI a XII e parágrafo único; 117, incisos I a VI e IX a XVIII; 118 a 126; 127, incisos I, II e III, a 132, incisos I a VII, e IX a XIII; 136 a 142, incisos I, primeira parte, a III, e §§ 1º a 4º; 236; 238 a 242, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.*

Verifica-se, assim, a inexistência de previsões específicas sobre o rito. A IN CGU nº 14/2018 adicionou alguns contornos, nos seguintes termos:

> *Art. 38. As infrações disciplinares atribuídas a contratados nos termos da Lei nº 8.745, de 1993, serão apuradas mediante sindicância, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa.*
>
> *Parágrafo único. Da sindicância poderá resultar a aplicação de penalidade de advertência, de suspensão de até 90 (noventa) dias ou de demissão.*
>
> *Art. 39. A sindicância de que trata este capítulo será conduzida por comissão composta por pelo menos dois servidores efetivos ou temporários regidos pela Lei nº 8.745, de 1993, designados pela*

autoridade competente, por meio de publicação de ato instaurador, e será concluída no prazo de 30 (trinta) dias, admitidas prorrogações sucessivas quando necessárias à conclusão da instrução probatória.

§ 1º Não se exige o requisito da estabilidade para o servidor designado para atuar na sindicância.

§ 2º A sindicância disciplinar de que trata este capítulo será instaurada e conduzida nos termos da Lei nº 8.745, de 1993, observando, no que couber, as disposições aplicáveis ao PAD.

Art. 40. Para os casos de acumulação ilícita previstos no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição Federal, poderá ser aplicado, por analogia, o procedimento previsto no art. 133, caput, da Lei nº 8.112, de 1990.

Dos dispositivos destaca-se a necessidade de observância de contraditório e ampla defesa, ante a possibilidade de apenação, bem como a questão da composição da comissão, afastando-se, caso composta pelos servidores, a necessidade de estabilidade.

6.2.3. Procedimento Disciplinar para Empregados Públicos

Existem regras básicas para dois tipos de empregados públicos, aqueles regidos pela Lei nº 9.962/2000 e aqueles das empresas públicas e sociedades de economia mista.

As disposições comuns dizem respeito a: a) penalidades cabíveis[48] – advertência, suspensão de até trinta dias ou rescisão do contrato de trabalho por justa causa; e b) inaplicabilidade do perdão tácito, quando em xeque o interesse público..

Em se tratando do rito da apuração, para os empregados regidos pela Lei nº 9.962/2000, deverá ser conduzido processo disciplinar com observância do contraditório e da ampla defesa, por intermédio de comissão "*composta por pelo menos dois servidores efetivos ou empregados públicos regidos pela Lei nº 9.962, de 2000, designados pela autoridade competente, por meio de publicação de ato instaurador, e será concluída no prazo de 30 (trinta) dias, admitidas prorrogações sucessivas quando necessárias à conclusão da instrução probatória*" (cf. art. 42, IN CGU nº 14/2018).

No caso de a comissão ser composta por servidores, não se exige o requisito da estabilidade. Quanto ao mais, há aplicação, no que couber, das regras previstas para o PAD.

Quanto aos empregados das sociedades de economia mista e empresas públicas, convencionou-se denominar de Processo Administrativo Sancionador (PAS), a ser conduzido nos termos das normas internas das estatais, com observância do contraditório e da ampla defesa, ante a possibilidade de aplicação de penalidades. Na inexistência de normativo interno, servirão como parâmetro os procedimentos acusatórios previstos na Lei nº 9.784/1999.

6.2.4. Processo Administrativo Disciplinar Sumário

O rito sumário, não previsto inicialmente quando da publicação da Lei nº 8.112/90, foi acrescido posteriormente com a alteração promovida pela Lei nº 9.527, de 10 de dezembro de 1997. Assim, após esse novo disciplinamento legal, pode-se concluir que o processo administrativo disciplinar passou a comportar três espécies: sindicância acusatória (art. 145, II), processo disciplinar ordinário (art. 146) e processo disciplinar sumário (arts. 133 e 140).

Saliente-se que o novel rito é aplicável apenas quando da apuração dos seguintes ilícitos administrativos: acumulação ilegal de cargos, abandono de cargo e inassiduidade habitual.

Em linhas gerais, o rito sumário possui as seguintes especificidades: os prazos são reduzidos em relação ao rito ordinário e a portaria de instauração deve explicitar a materialidade do possível ilícito. Como

48 No caso de empresas públicas e sociedades de economia mista, é possível que os regulamentos internos prevejam outros tipos de penalidade.

exemplo, no caso de abandono de cargo, a portaria deve trazer a indicação precisa do período de ausência intencional do servidor ao serviço por mais de 30 (trinta) dias consecutivos; no caso de inassiduidade habitual, deve trazer a indicação dos dias de falta ao serviço sem causa justificada, por período igual ou superior a 60 (sessenta) dias, interpoladamente, durante o período de 12 (doze) meses; por fim, no caso de acumulação ilegal de cargos públicos, deverá conter a descrição dos empregos, funções e cargos públicos ocupados, bem como o órgão de origem.

Assim, as provas a serem produzidas no processo sumário seriam, em tese, meramente documentais.

Ocorre que pode surgir a necessidade de o servidor produzir outras provas, como testemunhal ou pericial. Como exemplo, o servidor pode ter abandonado o cargo de forma justificada, em razão de sequestro, ou de alcoolismo, ou de doença mental, e pretender comprovar alguma dessas condições. Apesar de a própria sumariedade do rito indicar a intenção de que não haja dilação probatória, a instrução poderá ser aberta, tanto em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa[49], quanto em razão do estabelecido no art. 133, § 8º, segundo o qual as normas relativas ao processo disciplinar ordinário, previstas nos Títulos IV e V poderão ser aplicadas subsidiariamente à apuração pelo rito sumário. Nesta linha, veja-se o entendimento do STJ:

> *Ementa: (…) III – A intenção do legislador – ao estabelecer o procedimento sumário para a apuração de abandono de cargo e de inassiduidade habitual – foi no sentido de agilizar a averiguação das referidas transgressões, com o aperfeiçoamento do serviço público. Entretanto, não se pode olvidar das garantias constitucionalmente previstas. Ademais, a Lei nº 8.112/90 – art. 133, § 8º – prevê, expressamente, a possibilidade de aplicação subsidiária no procedimento sumário das normas relativas ao processo disciplinar.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 7464/DF – 2001/0045029-6. Relator: Ministro Gilson Dipp, julgado em 12/3/2003, publicado em 31/3/2003)*

Corroborando o entendimento do STJ, o Parecer GQ-193 da AGU dispõem no mesmo sentido, acrescentando que o rito sumário não elimina a necessidade de oportunizar ampla defesa ao indiciado.

De outra parte, de acordo com o disposto na Lei nº 8.112/90, as fases do PAD sob o rito sumário são diferentes do submetido ao rito ordinário, bem como os prazos para sua conclusão.

Nos termos do art. 133 da citada lei, a fase inicial do PAD sob o rito sumário denomina-se instauração e efetiva-se com a publicação do ato que, além de constituir a comissão, que será composta por dois servidores estáveis, indicará a respectiva autoria e materialidade do ilícito supostamente praticado. Esta particularidade do rito sumário justifica o teor do §5º, do art. 37 da IN CGU nº 14/2018, que prevê a necessidade de existência de prova pré-constituída, ou seja, é indispensável a instrução prévia.

Após a instauração, inicia-se a fase de instrução sumária do processo, que compreende: a indiciação do acusado, a defesa e o posterior relatório da comissão. Por fim, o processo é julgado pela autoridade competente, no prazo de 5 (cinco) dias, contado do recebimento dos respectivos autos, diferentemente do disposto no rito ordinário, para o qual é estabelecido o prazo de 20 (vinte) dias.

Veja-se que não há previsão de realização de Notificação Prévia. Vale lembrar que a notificação seria uma espécie de chamamento do acusado ao processo, para acompanhar e produzir provas. Não obstante, no rito sumário, a prova é pré-constituída, sendo que a comunicação ao acusado já é formalizada mediante sua indiciação, que comunica os fatos irregulares que lhe são atribuídos e abre o prazo para apresentação de defesa. Cabe apenas o registro de que a existência da prova prévia não quer dizer inexistência de contraditório e ampla defesa. Porém, a própria IN CGU nº 14/2018, no art. 37, §7º, recomenda que, havendo atos probatórios diferentes da prova documental, o rito seja convertido em ordinário.

A fase apuratória da comissão deve ser desenvolvida no prazo de até 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por até 15 (quinze) dias, de acordo com o § 7º do art. 133, da Lei nº 8.112/90. Não obstante,

49 MADEIRA, 2008, p. 139.

havendo necessidade, será possível a recondução dos trabalhos, conforme previsto no §4º do art. 37 da IN CGU nº 14/2018.

Importa mencionar que a IN CGU nº 14/2018 colocou o PAD em rito ordinário como preferencial, quando houver dúvida sobre a natureza da infração a ser apurada (cf. art. 36, §2º). Como já dito, o rito sumário é reservado para as três hipóteses específicas e, assim, em tese, todas as demais deveriam ser apuradas por PAD em rito ordinário que admite ampla dilação probatória, embora a dilação, em si, não seja vedada no rito sumário.

6.2.5. Processo Administrativo Disciplinar (PAD)

Segundo dispõe o art. 151 da Lei nº 8112/90, as fases do processo administrativo submetido ao rito ordinário se dividem em três: instauração, inquérito administrativo e julgamento.

A primeira fase se materializa com a publicação do ato instaurador, pela autoridade competente, designando os membros para comporem a comissão, dispondo sobre o prazo de conclusão, o processo que contém o objeto de apuração. Não deverão ser indicados expressamente os fatos sob apuração, tampouco o nome dos investigados, a fim de se evitar limitação inadequada ao escopo apuratório e garantir o respeito à imagem dos acusados. Sobre essa específica questão, importa transcrever entendimento do STJ:

> *Na linha da jurisprudência desta Corte, a portaria inaugural do processo disciplinar está livre de descrever detalhes sobre os fatos da causa, tendo em vista que somente ao longo das investigações é que os atos ilícitos, a exata tipificação e os seus verdadeiros responsáveis serão revelados.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MS nº 16.815/DF. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 11/4/2012, publicado em 18/4/2012)*

A segunda fase, denominada de inquérito administrativo, é dividida nas subfases de instrução, defesa e relatório. Na subfase de instrução, a comissão promove a busca de provas necessárias ao esclarecimento da verdade material, dentre aquelas permitidas pelo ordenamento jurídico pátrio, como a documental e a testemunhal, assim como promove a indiciação ou forma sua convicção pela absolvição do acusado. No caso de a comissão entender pela indiciação do servidor, deverá citá-lo, momento a partir do qual se abre prazo legal para apresentação de defesa escrita (segunda subfase do inquérito). A última subfase do inquérito é a produção, pela comissão, de relatório final conclusivo quanto à inocência ou não do indiciado, apresentando, para tanto, as razões e justificativas para o enquadramento, ou não, no ilícito administrativo.

Ressalte-se que é na fase do inquérito administrativo e suas subfases de instrução e relatório que se concentra a atuação da comissão.

Por fim, segue-se a fase de julgamento do feito disciplinar, a qual pode ser realizada pela autoridade instauradora do processo, a depender da penalidade sugerida pela comissão processante, conforme consta no art. 141 da Lei nº 8.112/90. Não tendo a autoridade instauradora competência para proferir o julgamento, deverá remeter o processo àquela que detém referida atribuição. Assim, a competência da autoridade julgadora é fixada pela proposta de penalidade recomendada pelo colegiado.

Desse modo, importante destacar que não é permitido à autoridade instauradora, ao tomar conhecimento da proposta da comissão, decidir pelo abrandamento da penalidade sugerida de modo a inserir o feito em sua esfera de competência. Exemplificando: o PAD é instaurado por autoridade com competência para aplicação da penalidade de suspensão até 30 dias. A comissão, em seu relatório conclusivo, sugere a aplicação da pena de demissão, cuja competência para aplicação, em regra, é do Ministro de Estado. Nesse caso, o processo deverá ser entregue pela trinca processante à autoridade instauradora que, por sua vez, tomando conhecimento da sugestão, encaminhará o processo para julgamento do Ministro. Nessa hipótese, a autoridade instauradora não poderia simplesmente entender pela aplicação de suspensão de 5 dias, por exemplo, e julgar ela própria o processo. A remessa do processo torna-se obrigatória. Ainda diante da mesma suposição, necessário esclarecer que caso a autoridade competente, no caso o Ministro, entenda

pelo cabimento de uma pena mais branda, tal como a advertência, não será necessário que o processo retorne à autoridade instauradora. Diante de tal situação vigora a regra do "quem pode mais, pode menos", ou seja, a competência para aplicação da pena de demissão necessariamente engloba a possibilidade de julgamento das penas de menor gravidade.

A autoridade competente deverá julgar o feito no prazo de vinte dias, a contar do recebimento do relatório final (art. 167 da Lei nº 8.112/90), podendo, inclusive, divergir do entendimento esposado pela comissão, caso seja contrário às provas dos autos. Nessa hipótese, poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade, de acordo com o disposto no art. 168 da Lei nº 8.112/90.

Na IN CGU nº 14/2018, as disposições sobre o PAD encontram-se nos arts. 32 a 35.

7. PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

7.1. PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO ÂMBITO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Embora o presente Manual tenha sua abordagem voltada para as atividades correcionais derivadas da relação jurídica estabelecida entre a Administração Pública e seus servidores, vale mencionar, ainda que de forma sucinta, os desdobramentos das irregularidades ocorridas no âmbito das licitações públicas e contratos administrativos.

Sabe-se que o procedimento licitatório e a respectiva contratação pública estão a demandar a constante interação entre servidores públicos e fornecedores privados. É praticamente impossível mencionar o tema corrupção sem que venham à lembrança escândalos envolvendo licitações e contratos públicos. Dada uma determinada licitação, a iniciativa corruptora pode partir tanto do agente público como do agente particular, ou de ambas as partes. As irregularidades cometidas por tais atores são passíveis de apuração por parte da Administração Pública, que deve instaurar o devido processo administrativo para, em se verificando a ocorrência de ilicitudes, aplicar a correspondente sanção.

As sanções administrativas passíveis de aplicação, pela Administração Pública, aos fornecedores, são aquelas estabelecidas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, quais sejam: advertência; multa; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração; e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. O art. 7º da Lei nº 10.520/2002, o art. 47 da Lei nº 12.462/2011 e os arts. 82 a 84 da Lei nº 13.303/2016 preveem também punições aos fornecedores de maneira similar à Lei nº 8.666/93. Para ilustração, eis um rol com as sanções administrativas e os respectivos fundamentos legais:

a) Advertência (art. 87, inciso I, da Lei nº 8.666/93 e art. 83, inciso I, da Lei nº 13.303/2016);

b) Multa (art. 87, inciso II, da Lei nº 8.666/93, art. 7º da Lei nº 10.520/2002, art. 47 da Lei nº 12.462/2011, art. 6º, inciso I, da Lei nº 12.846/2013 e art. 83, inciso II, da Lei nº 13.303/2016);

c) Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, art. 7º da Lei nº 10.520/2002, art. 47 da Lei nº 12.462/2011 e art. 83, inciso III, da Lei nº 13.303/2016);

d) Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93);

e) Publicação extraordinária da decisão condenatória à custa do infrator (art. 6º, inciso II, da Lei nº 12.846/2013);

f) Descredenciamento[50] do SICAF e de sistemas congêneres (art. 7º da Lei nº 10.520/2002).

Em estrita observância aos ditames do contraditório e da ampla defesa estabelecidos pela Constituição Federal (art. 5º, inciso LV), incidentes também na seara administrativa, cumpre notar que constitui requisito lógico e jurídico para a aplicação de sanção administrativa a instauração do devido processo administrativo.

Em relação às infrações administrativas cometidas por servidores públicos, o mencionado processo administrativo será regido pelas disposições constantes na Lei nº 8.112/90. Já em relação aos agentes particulares, aplicar-se-á os preceitos estabelecidos, em especial, pela Lei nº 8.666/93, sem prejuízo das demais legislações de contratação pública.

50 A despeito da previsão do art. 7º da Lei nº 10.520/2002, o descredenciamento do SICAF é consequência da imposição das penas de suspensão e impedimento de licitar e contratar ou de declaração de inidoneidade. Não se trata de sanção autônoma.

A lei de licitações foi bastante sucinta ao dispor sobre o rito apuratório necessário à aplicação de sanções administrativas. Basicamente, conforme se depreende do § 2º do art. 86, caput do art. 87 e §§ 2º e 3º do mesmo dispositivo, impôs a necessidade de instauração do devido processo administrativo, garantindo-se, ainda, prévia defesa e acesso a recursos administrativos.

Em razão de tal peculiaridade, a Administração Pública não precisa seguir ritualística rígida e fechada, desde que sejam observados, de forma plena, os ditames do contraditório e da ampla defesa. Percebe-se, portanto, que nesta seara ganha maior relevo o princípio do formalismo moderado. Pode, também, a Administração se valer, por meio da regra da analogia ou subsidiariedade, de outros diplomas legais que disponham sobre normas de processo administrativo, tais como a Lei nº 9.784/99 e a Lei nº 12.846/2013. A propósito, o próprio art. 12 do Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta as disposições da Lei Anticorrupção, autoriza a apuração conjunta "*de atos previstos como infrações administrativas à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 , ou a outras normas de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 2013*". Por conseguinte, caso inexista a dupla tipicidade do ato ilícito, a apuração da infração à legislação de contratação pública conta com apoio das normas da LAC e do Decreto nº 8.420/2015, que se destinam à responsabilização de entes privados, a fim de suprir a eventual insuficiência da Lei nº 9.784/99.

Atenta à realidade supra, foi instituída, por meio da Portaria nº 1.878/2007, a Comissão de Processo Administrativo de Fornecedores da CGU – CPAF, responsável pela condução de processos nos quais se tinha em causa a aplicação, pelo Ministro-Chefe da CGU (hoje denominado Ministro da Controladoria-Geral da União), das sanções previstas no art. 87 e no art. 88 da Lei nº 8.666/93.

Em que pese, à época, já haver expressa competência legal para aplicação da sanção de declaração de inidoneidade, no âmbito da CGU (artigos 18, § 4º, da Lei nº 10.683/03 – competência mantida no § 5º do art. 66 da então vigente Lei nº 13.502/17, que revogou aquela – e 2º, I, e 4º, § 3º, do Decreto nº 5.480/05), houve contestação por fornecedores punidos pela CGU, sob a alegação de que a competência para aplicar a referida sanção, ao teor do artigo 87, IV da Lei nº 8.666/93, seria do "Ministro de Estado" responsável pela pasta à qual subordinada a realizadora do certame em que ocorrera evento passível de punição.

Sobre o tema houve manifestação do STJ, nos autos do Mandado de Segurança nº 14.134-DF, cujas palavras do Ministro Relator, o Sr. Benedito Gonçalves, expõem o entendimento de que "*os artigos 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição da República combinado com os artigos 18, § 4º, da Lei nº 10.683/2003 e 2º, inciso I, e 4º, § 3º, do Decreto n. 5.480/2005, conferem ao Ministro de Estado do Controle e da Transparência a responsabilidade para determinar a instauração do feito disciplinar em epígrafe*".

A teor da importância do quanto decidido pelo STJ, vale colacionar a ementa do mencionado acórdão:

> *ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. FRAUDE CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA PENA DE INIDONEIDADE PARA CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. ATO DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO MINISTRO DE ESTADO DO CONTROLE E DA TRANSPARÊNCIA. ALEGAÇÕES DE NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE AFASTADA. PROCEDIMENTO REGULAR.*
>
> *1. Hipótese em que se pretende a concessão da segurança para que se reconheça a ocorrência de nulidades no processo administrativo disciplinar que culminou na aplicação da pena de inidoneidade para contratar com a Administração Pública Federal.*
>
> *2.* ***O Ministro de Estado do Controle e da Transparência é autoridade responsável para determinar a instauração do feito disciplinar em epígrafe, em razão do disposto no art. 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição da República combinado com os artigos 18, § 4º, da Lei nº 10.683/2003 e 2º, inciso I, e 4º, § 3º, do Decreto n. 5.480/2005.*** *(grifou-se)*

3. A regularidade do processo administrativo disciplinar deve ser apreciada pelo Poder Judiciário sob o enfoque dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório, sendo-lhe vedado incursionar no chamado mérito administrativo.

4. Nesse contexto, denota-se que o procedimento administrativo disciplinar não padece de nenhuma vicissitude, pois, embora não exatamente da forma como desejava, foi assegurado à impetrante o direito ao exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como observado o devido processo legal, sendo que a aplicação da pena foi tomada com fundamento em uma série de provas trazidas aos autos, inclusive nas defesas apresentadas pelas partes, as quais, no entender da autoridade administrativa, demonstraram suficientemente que a empresa impetrante utilizou-se de artifícios ilícitos no curso do Pregão Eletrônico n. 18, de 2006, do Ministério dos Transportes, tendo mantido tratativas com a empresa Brasília Soluções Inteligentes Ltda. com o objetivo de fraudar a licitude do certame.

5. Pelo confronto das provas trazidas aos autos, não se constata a inobservância dos aspectos relacionados à regularidade formal do processo disciplinar, que atendeu aos ditames legais.

6. Segurança denegada.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MS nº 14.134/DF. Relator: Ministro Benedito Gonçalves).

Frente a afirmação desta competência, o aumento da demanda pela atuação na área, as atribuições fixadas na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, dentre outros fatores, a CGU deu mais um importante passo e, por meio do Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013, promoveu a criação da Coordenação-Geral de Responsabilização de Entes Privados (COREP), a qual sucedeu a CPAF no desempenho da condução de processos administrativos de responsabilização de entes privados/fornecedores, além de atuar em vários outros assuntos correlatos.

Atualmente, o art. 15 do Anexo I do Decreto nº 9.681/2019 atribui à Diretoria de Responsabilização de Entes Privados (DIREP) da CGU a condução de apurações investigativas ou acusatórias em face de pessoas jurídicas, inclusive relacionas à prática de suborno transnacional.

Outro grande avanço capitaneado pela CGU foi a instituição do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, banco de dados que tem por finalidade consolidar e divulgar a relação de empresas ou profissionais que sofreram sanções que tenham como efeito a restrição ao direito de participar em licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública, assim considerados os órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Constará no CEIS o registro das seguintes sanções: suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração (art. 87, III, da Lei nº 8.666/93); declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (art. 87, IV, da Lei nº 8.666/93); impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (art. 7º da Lei nº 10.520/02); proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios e incentivos (art. 12 da Lei nº 8.429/92); proibição de participar de licitações e de contratar com o Poder Público (art. 81, § 3º, da Lei nº 9.504/97); declaração de inidoneidade pelo TCU (art. 46 da Lei nº 8.443/92); e demais sanções previstas em legislações específicas ou correlatas.

O CEIS representa um importante mecanismo para tornar mais transparente a situação das empresas que tencionam firmar contratos com a Administração Pública, alinhando-se, portanto, aos princípios da eficiência e moralidade, uma vez que facilitará que os entes públicos e demais interessados tenham condições de averiguar, de forma rápida e simples, a existência de eventuais restrições que poderiam impedir determinada pessoa de contratar com a Administração. Para além de ser importante instrumento de controle público, descortina, ainda, valoroso fomento ao controle social da Administração Pública, uma vez que suas informações estão disponíveis na internet.

No exercício desse mister, tem-se, ainda, que o CEIS confere importante concretude à previsão constante do art. 97 da Lei nº 8.666/93, que tipifica a conduta de admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarados inidôneos, bem como ao parágrafo único desse artigo, que esta-

belece igual repercussão penal àquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração Pública.

Assim, uma vez noticiada no CEIS a penalidade administrativa imposta à contratada, e considerando tratar-se de banco de dados de livre acesso, em ambiente web, de fácil consulta pelos órgãos e entidades da Administração Pública, pode-se concluir que o CEIS constitui, por um lado, eficiente mecanismo preventivo da prática delituosa e, por outro, sinalizador de sua ocorrência, o que contribui para a diminuição da impunidade.

7.1.1. Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados

Em conclusão à temática abordada no item 7.1, far-se-á breve síntese das sanções estabelecidas no artigo 87 da Lei nº 8.666/93 aplicáveis a licitantes e contratados. A lei alude a quatro espécies de sanções administrativas, que podem ser divididas em duas categorias. Há sanções internas ao contrato, ditas sanções contratuais, uma vez que exaurem seus efeitos no âmbito da contratação (advertência e multa), e sanções que produzem seus efeitos além da relação contratual, também denominadas de sanções externas ou genéricas (suspensão temporária e declaração de inidoneidade).

Grande parte da doutrina critica a insuficiente tipificação na lei de regência das condutas hábeis a justificar a punição administrativa de licitantes e contratados. Por tal aspecto, defende Eduardo Dias Rocha[51] a possibilidade de o edital e o contrato colaborarem com a lei na determinação dos pressupostos de sancionamento e na definição de critérios de aplicação de sanção.

7.1.1.1. Advertência

A advertência se apresenta como a sanção mais branda entre as elencadas na lei de licitações, devendo ser aplicada, proporcionalmente, às condutas de inexecução parcial de deveres de diminuta monta e inobservâncias contratuais de menor importância, que se apresentem como fato isolado.

Conforme leciona Marçal Justen Filho[52], decorrem da advertência dois efeitos peculiares. O primeiro implica a maior incidência da atividade fiscalizatória por parte da Administração sobre o particular, observando que "*não se trata de alterar as exigências impostas, que continuam as mesmas. Haverá, porém, um acompanhamento mais minucioso da atividade do particular, tendo em vista haver anteriormente descumprido seus deveres*". O outro efeito mencionado consiste na cientificação de que em caso de reincidência, o particular sofrerá punição mais severa.

7.1.1.2. Multa

Trata-se de penalidade de natureza pecuniária, que se destina a punir o licitante ou contratado que deixou de cumprir suas obrigações. A sanção em tela pode assumir feição moratória ou indenizatória. A multa moratória é aplicada em razão da demora no cumprimento das obrigações contratuais, ou seja, o atraso injustificado por parte do contratado acarreta a aplicação da multa de mora. Já a multa indenizatória tem por finalidade compensar a parte prejudicada pelos danos que lhe foram causados pela inadimplência do licitante ou contratado.

Conforme expressa disposição legal (arts. 86, caput e 87, II, da Lei de Licitações), é indispensável que a multa tenha sido fixada no instrumento convocatório ou no contrato, sob pena de inviabilizar sua aplicação. Aliás, o STJ já exarou o entendimento de que é "*inviável a aplicação de penalidade de multa ao adjudicatário que se recusa a assinar o contrato (Lei nº 8.666/93, art. 81) sem que ela tenha sido prevista no edital*" (Resp. nº 709.378/PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, em 21.10.2008).

51 ROCHA, 1997, p. 78.

52 JUSTEN FILHO, 2005, p. 821.

Outro aspecto a ser observado é que a previsão das multas em instrumento convocatório deve atuar como fator inibidor da conduta ilícita. Assim, estabelecidas elas em percentual ínfimo, cujo montante seja inexpressivo, teremos que as multas não cumprirão suas finalidades, uma vez que, em certas ocasiões, será mais vantajoso ao licitante ou ao contratado o inadimplemento da obrigação estabelecida.

7.1.1.3. Suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração

A penalidade em epígrafe opera o efeito de impedir o infrator penalizado de participar de certames licitatórios, bem como contratar com a Administração. A lei estabelece o prazo máximo de dois anos para que a referida sanção produza seus efeitos. Logo, conclui-se que a Administração poderá, observados os preceitos da proporcionalidade, estabelecer um prazo menor do que o previsto em Lei. A imposição desta sanção é uma providência abrangida nas atribuições de gestão do órgão contratante.

Em relação à abrangência da penalidade em análise, faz-se mister destacar que o tema não é pacífico na doutrina, que aborda o assunto sob duas perspectivas distintas.

A primeira corrente, capitaneada por Jessé Torres Pereira Junior[53], defende que a Lei de Licitações, em seu artigo 6º, inciso XII, define Administração como "o órgão, entidade, ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente", e o inciso XI a conceitua como "a Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios". Dessa forma conclui que o legislador quis com a suspensão obstar a empresa penalizada de participar de certames ou contratar com órgão ou entidade que aplicou a penalidade.

Já a segunda corrente doutrinária, capitaneada por Marçal Justen Filho[54], entende que a suspensão temporária surte seus efeitos perante toda a Administração Pública, ou seja, toda a Administração direta e indireta, das três esferas de governo. Nas palavras do mencionado autor "*não haveria sentido em circunscrever os efeitos da suspensão temporária a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitaram para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão*".

O TCU consolidou a jurisprudência segundo a corrente restritiva, determinando aos órgãos públicos que se abstivessem de incluir em seus editais a vedação à participação de empresas que tivessem sido apenadas por outros órgãos somente com a suspensão do direito de licitar (art. 87, III, da Lei nº 8.666/93), exceto nos casos em que a suspensão tivesse sido imposta pelo próprio ente realizador da licitação.

Em julgados isolados, identificam-se divergências em decisões do TCU (Acórdão nº 2.218/2011 – 1ª Turma) que sugeririam uma revisão do entendimento outrora consolidado, suscitando o acatamento da posição interpretativa mais ampla, que se coaduna com as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no sentido de que o efeito da suspensão temporária para licitar e contratar deve ter alcance subjetivo amplo.

Contudo, não se pode afirmar que houve alteração substancial do entendimento anteriormente consagrado na Corte de Contas, uma vez que, ante a suscitada divergência, o Plenário voltou a examinar recentemente o assunto, reafirmando então o seu posicionamento tradicional, sintetizado da seguinte maneira: "As sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, previstas no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcançam apenas o órgão ou a entidade que as aplicaram." (Acórdão nº 3.439/2012-Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo, 10/12/2012). Vide também:

> *"Em jurisprudência predominante, mais recentemente o TCU tem conferido abrangência limitada às suspensões temporárias de licitar, coerentemente com as definições insculpidas no próprio texto legal (Acórdãos 1.457/2014, 2.556/2013, 2.242/2013, 1.017/2013, 3.243/2012, todos do Plenário):*
>
> *(...)*

53 PEREIRA JÚNIOR, 2009, p. 860.

54 JUSTEN FILHO, 2005, p. 823.

Segundo os julgados relacionados, quando se aplica a punição baseada no art. 87, inciso III, da Lei de Licitações, a proibição de contratar adstringe-se à entidade sancionadora" (Acórdão nº 2.081/2014, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman).

No outro extremo, encontra-se o posicionamento firmado reiteradamente pelo STJ, segundo o qual, em interpretação consentânea com o princípio da moralidade, ao entender que a Administração Pública é una, irrelevante se torna a distinção de vocábulos "Administração Pública" e "Administração", de sorte que ambas as figuras sancionadoras – "suspensão temporária" e "declaração de inidoneidade" – acarretam ao fornecedor punido administrativamente a impossibilidade de participar de licitações e contratações futuras, pois "a limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública" (REsp nº 151.567/RJ, rel. Min. Francisco Peçanha, julgado em 25/02/2003). A posição foi reafirmada pelo STJ na ocasião do Recurso em Mandado de Segurança nº 32.628/SP (rel. Min. Mauro Campbell, julgado em 06/09/2011).

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE. ADMINISTRAÇÃO X ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO. AUSÊNCIA.

(...)

10. Por fim, não é demais destacar que neste Tribunal já se pontuou a ausência de distinção entre os termos Administração e Administração Pública, razão pela qual a sanção de impedimento de contratar estende-se a qualquer órgão ou entidade daquela. Precedentes.

(STJ. RMS nº 32.628/SP, rel. Min. Mauro Campbell, julgado em 06/09/2011)

A princípio, a Advocacia-Geral da União (AGU), após analisar a divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência, curvou-se ao entendimento do STJ, publicando o Parecer nº 87/2011/DECOR/CGU/AGU, para externar o entendimento de que a penalidade de suspensão temporária ou impedimento de contratar "*afasta o sancionado das licitações e contratações promovidas por toda a Administração Pública brasileira*". O Parecer nº 02/2013/GT/Portaria nº 11, de 27/02/2013, todavia, altera radicalmente o entendimento anteriormente consagrado e filia-se à posição restritiva do TCU, adotando-se a tese de que os efeitos impeditivos alcançam somente licitações ou contratos da entidade ou do órgão que cominou a sanção ao ente privado.

Nesse diapasão, o art. 40, inciso III e § 1º, da Instrução Normativa MPOG/SLTI nº 2/2010 acolhe o posicionamento da corrente restritiva ao estabelecer normas para funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF.

Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:

I – advertência por escrito, conforme o inciso I do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

III – suspensão temporária, conforme o inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666, de 1993;

IV – declaração de inidoneidade, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei nº 8.666, de 1993; e

V – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.

§ 1º A aplicação da sanção prevista no inciso III deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.

Vale destacar que o art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e o art. 47 da Lei nº 12.462/2011 estabelecem o impedimento de licitar e contratar com "União, Estados, Distrito Federal ou Municípios", desde que o ente privado cometa alguma das transgressões previstas nos dispositivos, o que se aplica aos pregões e aos certames sob o regime diferenciado de contratações públicas (RDC). A eficácia da penalidade é extensiva ao Poder Público na íntegra à semelhança da disciplina reservada à declaração de inidoneidade, porquanto abrange a Administração Pública, nos termos do art. 87, inciso IV, c/c art. 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666/93.

Entretanto, em razão da conjunção "ou" presente na redação do art. 7º da Lei nº 10.520/2002 e do art. 47 da Lei nº 12.462/2011, instalou-se dissenso hermenêutico a respeito dos dispositivos. De um lado, defende-se que a norma subentende a alternatividade, o que cinge o efeito da sanção ao ente político que a infligir (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) perante os órgãos e as entidades da Administração respectiva. De outro, existe a tese de que a abrangência da pena é equivalente à da declaração de inidoneidade.

Novamente, a tese da corrente restritiva tem arrimo no art. 40, inciso V e § 3º, da IN MPOG/SLTI nº 2/2010.

> *Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:*
>
> *(...)*
>
> *V – impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o Art. 7º da Lei nº 10.520, de 2002.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º A aplicação da sanção prevista no inciso V deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos no âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção:*
>
> *I – da União, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade da União;*
>
> *II – do Estado ou do Distrito Federal, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Estado ou do Distrito Federal; ou*
>
> *III – do Município, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Município.*

Cumpre registrar que o STJ destoa outra vez, à semelhança da suspensão temporária, para projeção mais ampla dos efeitos do impedimento, que alcançariam qualquer órgão ou entidade da Administração Pública no sentido abrangente em razão de seu caráter uno. Para o órgão jurisdicional, equiparam-se as suspensões temporárias do art. 7º da Lei nº 10.520/2002, art. 47 da Lei nº 12.462/2011 e art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93, exceto quanto à duração da pena (cinco anos no pregão e RDC; dois anos no regime geral).

O art. 83, inciso III, da Lei nº 13.303/2016 adota, por sua vez, a textualidade da interpretação restritiva sobre o art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/93: "suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a entidade sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos". Com a substituição do vocábulo "Administração" por "entidade sancionadora", o legislador elege a vertente restritiva, coarctando os efeitos impeditivos apenas às licitações e contratações da empresa estatal que cominou a sanção ao ente privado.

7.1.1.4. Declaração de Inidoneidade

Trata-se da mais gravosa das penalidades administrativas previstas no Diploma de Licitações, que consiste em impedir o infrator de licitar e contratar com a Administração Pública, assim considerada em seu sentido mais amplo, ou seja, a Administração direta e indireta das três esferas de governo. Diferentemente da suspensão, a presente sanção produz seus efeitos enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

Percebe-se, portanto, que a extinção dos feitos da sanção de declaração de inidoneidade não se perfaz pelo simples decurso do tempo, de forma instantânea. Determina a Lei a produção de um ato administrativo formal, de cunho desconstitutivo, denominado reabilitação. Frise-se que a reabilitação do sujeito infrator somente será concedida após decorrido o prazo de dois anos e mediante ressarcimento à Administração dos prejuízos eventualmente causados.

A aplicação da sanção em epígrafe é de competência exclusiva de Ministro de Estado, no âmbito federal, de Secretário de Estado ou Distrital, no âmbito de Estados e Distrito Federal, e Secretário Municipal, no âmbito dos Municípios. Vale ressaltar, mais uma vez, que a jurisprudência do STJ tem admitido a aplicação da sanção de inidoneidade, em nível federal, pela CGU, em relação a contrato pactuado por outra pasta.

> *ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO – INIDONEIDADE DECRETADA PELA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO – ATO IMPUGNADO VIA MANDADO DE SEGURANÇA.*
>
> *1. Empresa que, em processo administrativo regular, teve decretada a sua inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, com base em fatos concretos.*
>
> *2.* ***Constitucionalidade da sanção aplicada com respaldo na Lei de Licitações, Lei 8.666/93 (arts. 87e 88).*** *(grifou-se)*
>
> *3. Legalidade do ato administrativo sancionador que observou o devido processo legal, o contraditório e o princípio da proporcionalidade.*
>
> *4. Inidoneidade que, como sanção, só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento.*
>
> *5. Segurança denegada.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MS nº 13.101/DF. Relatora: Ministra Eliana Calmon, julgado em 14/5/2008)*

7.2. PROCESSO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO – PAR

Com o advento da Lei nº 12.846/13, denominada por "Lei da Empresa Limpa" ou "Lei Anticorrupção", inaugura-se no ordenamento brasileiro novo marco legal de responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos lesivos à Administração Pública nacional e estrangeira. Com escopo de responsabilização bastante amplo, as disposições da legislação em tela aplicam-se às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras que tenham sede, filial, ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

No que concerne especificamente à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, considerando que a Lei nº 12.846/13 não a previu expressamente dentre as pessoas jurídicas sob sua égide normativa, havia dúvidas quanto à possibilidade de que tal pessoa jurídica pudesse ser responsabilizada com base no referido diploma.

Com vistas à definitiva resolução do questionamento em tela, a Comissão de Coordenação de Correição aprovou em 11 de setembro de 2017 o Enunciado nº 17, nos seguintes termos: "*A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) está sujeita à responsabilização administrativa prevista na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*" (DOU em 12/09/17).

Até o advento desse diploma legal, existia verdadeiro vácuo no ordenamento brasileiro com relação à responsabilização de empresas pela prática de atos corruptores, uma vez que o crime de corrupção, tanto na modalidade ativa como na passiva, atingia tão somente a conduta de pessoas naturais (pessoas físicas). Tal lacuna explicava-se, dentre outros fatores, pela resistência de parcela substancial da doutrina penalista à

possibilidade de imputar responsabilidade criminal a pessoas jurídicas, fundamentada, sobretudo, no dogma da culpabilidade e da indispensabilidade do elemento subjetivo.

Por outro lado, restava na seara administrativa apenas a possibilidade de utilizar a Lei nº 8.666/93 para sancionar atos relativos à corrupção praticados por empresas, desde que diretamente relacionados ao processo licitatório ou à execução contratual, os quais poderiam redundar em declaração de inidoneidade. Outros atos de corrupção, como, por exemplo, o pagamento de propina a um servidor público fora do contexto de uma licitação ou de um contrato administrativo, não eram passíveis de gerar a responsabilização administrativa de uma pessoa jurídica, dependendo assim da intervenção judicial para sua punição, o que muitas vezes ocorria tardiamente e não atendia aos anseios sociais por uma relação mais transparente entre o setor público e o setor privado.

Ao elencar o rol de atos lesivos à Administração Pública, foram contemplados tanto ilícitos diretamente relacionados ao desenvolvimento de licitações e contratos administrativos, quanto ilícitos relacionados à prática de atos de corrupção em sentido amplo, para além, portanto, do estrito âmbito das licitações públicas e contratos administrativos. Buscou-se um enfrentamento mais global à problemática da corrupção, dando-se maior ênfase à responsabilização não-criminal (administrativa e civil) da pessoa jurídica corruptora.

Na esfera administrativa, restou consignado que a responsabilização da pessoa jurídica infratora seria verificada no bojo de um processo administrativo de cunho sancionador, denominado de "Processo Administrativo de Responsabilização – PAR". Por meio do Capítulo IV da Lei nº 12.846/13, foram estabelecidas regras específicas que conformam todo o desenvolvimento do rito processual, desde a instauração do processo, com a definição da autoridade instauradora, passando pela fase de instrução, com a designação da comissão processante e exercício do direito de defesa, chegando à fase de deslinde do feito, julgamento, estabelecendo-se nuances do ato de julgamento a ser proferido pela autoridade julgadora, cuja regra de competência encontra-se expressamente prevista.

Dentre as penalidades administrativas passíveis de aplicação por meio do PAR estão a) a pena de multa no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e b) a publicação extraordinária da decisão condenatória. Ambas poderão ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

Como já referido, no âmbito da CGU, com a finalidade de dar melhor cumprimento ao que determina a Lei nº 12.846/2013, foi instituída na estrutura orgânica da Corregedoria-Geral da União a Diretoria de Responsabilização de Entes Privados – DIREP, área específica para atuar na responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção, inclusive em relação àqueles não estritamente vinculados a licitações e contratos administrativos, por meio da atuação de uma equipe especializada no assunto e com dedicação exclusiva ao tratamento da matéria.

Neste tema comporta mencionar, ainda, o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), que consolida a relação das empresas que sofreram qualquer das punições previstas na Lei nº 12.846/13, as quais, como já referido, podem envolver desde a publicação de decisão extraordinária e a aplicação de multas, na esfera administrativa, até a perda de bens, a suspensão de atividades e a dissolução compulsória, na esfera civil, além da proibição de receber incentivos, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos e entidades públicas.

Ao dar transparência a todas as punições aplicadas, o CNEP funciona como um importante instrumento de controle pela sociedade quanto ao cumprimento da Lei. No CNEP também são registrados os acordos de leniência firmados pelas empresas com o poder público, inclusive aqueles que eventualmente sejam descumpridos.

No tema responsabilização de entes privados, compensa mencionar, por fim, que a IN CGU nº 14/2018 previu, como procedimento investigativo, a Investigação Preliminar (IP) e, como punitivo, o PAR

aqui referido. Os arts. 15 a 18 e 49 e 50 reúnem as principais normas sobre IP e PAR, apontando, ainda, os demais normativos que deverão ser examinados para a adequada condução dos processos.

7.3. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC)

A instauração da seara administrativa punitiva não deve ser banalizada no âmbito da Administração Pública, requerendo, conforme estudado no tópico sobre juízo de admissibilidade, escorreito exame de prudência e moderação. No âmbito dos procedimentos administrativos, a instância disciplinar deve ser idealizada, em analogia aos institutos da Ciência Criminal, como a ultima ratio do Direito Administrativo. Ou seja, apenas quando outros instrumentos não forem mais suficientes à recondução da normalidade administrativa é que deve a instância correcional ser acionada, afinal, o direito punitivo da Administração sempre deve ser visto como área de aplicação residual, excepcional e sem excessos.

Sabe-se que a instauração dos instrumentos punitivos traz consigo onerosos custos a serem suportados pela Administração e seus agentes. Tais custos descortinam reflexos tanto materiais, como, por exemplo, gastos financeiros, resultados negativos na produtividade da atividade-fim do órgão ou entidade, entre outros, quanto imateriais, como o desconforto causado no âmbito da repartição, repercussões na imagem e segurança jurídica da instituição, etc. Reforça-se, portanto, que a custosa e reservada sede disciplinar somente deve ser inaugurada quando os demais instrumentos gerenciais não punitivos não surtirem o efeito restabelecedor da ordem interna ou inibidor da desordem administrativa.

Atenta à realidade supramencionada e em observância aos princípios da eficiência e do interesse público por meio da racionalização dos procedimentos administrativos, bem como em consideração à necessidade de desburocratização da Administração Pública por meio da simplificação de procedimentos, eliminação de controles cujo custo de implementação seja manifestamente desproporcional em relação aos benefícios porventura auferidos, e observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados, a CGU, na qualidade de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, em conformidade com suas competências constitucionais, legais e regimentais, instituiu, por meio da Instrução Normativa CGU nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), procedimento destinado à resolução consensual de conflitos disciplinares de reduzida lesividade.

O TAC se apresenta assim como um desdobramento de princípios de estatura constitucional com cunho normativo, bem como do mandamento legal contido no artigo 14 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que impôs que o trabalho administrativo fosse racionalizado mediante a simplificação de processos e supressão de controles cujos custos sejam evidentemente superiores aos riscos enfrentados.

Nesse sentido, foi estabelecida uma apuração simplificada para os casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, a cargo da autoridade competente para a instauração do respectivo processo disciplinar. Os contornos essenciais do instituto são abordados nos primeiros dispositivos da norma, transcritos a seguir.

> *Instrução Normativa CGU nº 4, de 21 de fevereiro de 2020 (publicada no Diário Oficial da União de 26 de fevereiro de 2020, Seção 1, p. 155)*
>
> *O CORREGEDOR-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 13, incisos I, e V do Anexo I do Decreto nº 9.681, de 3 de janeiro de 2019, o art. 4º, incisos I e II, do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005 e o art. 45, incisos I e XI, do Anexo I, da Portaria nº 3553, de 13 de novembro de 2019, e tendo em vista o disposto no art. 14 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no art. 2º, caput, e parágrafo único, incisos VI, VIII e IX, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, resolve:*
>
> *Art. 1º Os órgãos do Poder Executivo Federal, pertencentes à Administração Pública direta, as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, compreendidas na Administração Pública indireta, ainda que se trate de empresa estatal que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, poderão celebrar, nos*

casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, desde que atendidos os requisitos previstos nesta instrução normativa.

§ 1º O TAC consiste em procedimento administrativo voltado à resolução consensual de conflitos.

§ 2º Considera-se infração disciplinar de menor potencial ofensivo a conduta punível com advertência ou suspensão de até 30 dias, nos termos do artigo 129 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou com penalidade similar, prevista em lei ou regulamento interno.

§ 3º No caso de servidor público não ocupante de cargo efetivo e de empregado público o TAC somente poderá ser celebrado nas infrações puníveis com a penalidade de advertência.

Art. 2º O TAC somente será celebrado quando o investigado:

I - não tenha registro vigente de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais;

II - não tenha firmado TAC nos últimos dois anos, contados desde a publicação do instrumento; e

III - tenha ressarcido, ou se comprometido a ressarcir, eventual dano causado à Administração Pública.

Parágrafo único. O eventual ressarcimento ou compromisso de ressarcimento de dano causado à Administração Pública deve ser comunicado à área de gestão de pessoas do órgão ou entidade para aplicação, se for o caso, do disposto no artigo 46 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 3º Por meio do TAC o agente público interessado se compromete a ajustar sua conduta e a observar os deveres e proibições previstos na legislação vigente.

Art. 4º A celebração do TAC será realizada pela autoridade competente para instauração do respectivo procedimento disciplinar. (...)

Por meio do TAC, as autoridades competentes encarregadas da instauração de processos disciplinares nos órgãos e entidades tomarão dos responsáveis por infrações disciplinares de menor potencial ofensivo o compromisso de que adequarão sua conduta aos deveres e proibições previstos na legislação, reparando o eventual dano caudado e, por conseguinte, restabelecendo-se a normalidade da atividade administrativa, necessária ao aperfeiçoamento progressivo do serviço público sob pena de instauração ou continuidade do respectivo procedimento disciplinar, sem prejuízo da apuração relativa à inobservância das obrigações previstas no Termo de Ajustamento de Conduta celebrado (art. 6º, § 4º).

A observância dos requisitos e das restrições constantes da IN nº. 4/2020 é fundamental para a validade da celebração do acordo, uma vez que o TAC firmado sem os requisitos do referido normativo é nulo, de acordo com o art. 10 da norma. Portanto, o instrumento deve ser utilizado com estrita observância às regras para sua aplicação, ficando a autoridade que conceder irregularmente o benefício sujeita a ser responsabilizada na forma do Capítulo IV, do Título IV, da Lei nº 8.112, de 1990. Desta forma, protege-se o interesse público contra eventual má utilização do TAC.

(...)

Art. 10. É nulo o TAC firmado sem os requisitos do presente normativo.

Parágrafo Único. A autoridade que conceder irregularmente o benefício desta instrução normativa poderá ser responsabilizada na forma do Capítulo IV, do Título IV, da Lei nº 8.112, de 1990. (...)

Um requisito essencial a ser observado para a celebração do TAC é quanto ao tipo de irregularidade cometida pelo infrator. O Termo de Ajustamento de Conduta só poderá ser celebrado em casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, ou seja, quando a conduta do infrator for passível de punição com advertência ou suspensão de até 30 dias, nos termos do art. 129 da Lei nº 8.112/90[55]. No caso de servidor público não ocupante de cargo efetivo e de empregado público o TAC somente po-

55 Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

derá ser celebrado nas infrações puníveis com a penalidade de advertência. Portanto, quando o caso sugerir majoração dessas penalidades, , esse instrumento não poderá ser utilizado.

Outros requisitos constam do art. 2º da referida IN nº 4/2020, segundo os quais o TAC somente será celebrado quando o investigado não tenha registro vigente de penalidade disciplinar em seus assentamentos funcionais; não tenha firmado TAC nos últimos dois anos; e tenha ressarcido, ou se comprometido a ressarcir, eventual dano causado à Administração Pública. O eventual ressarcimento ou compromisso de ressarcimento de dano causado à Administração Pública deve ser comunicado à área de gestão de pessoas do órgão ou entidade para aplicação, se for o caso, do disposto no artigo 46 da Lei nº 8.112/90.

> *(...) Art. 46. As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)*
>
> *§ 1o O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)*
>
> *§ 2o Quando o pagamento indevido houver ocorrido no mês anterior ao do processamento da folha, a reposição será feita imediatamente, em uma única parcela. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)*
>
> *§ 3o Na hipótese de valores recebidos em decorrência de cumprimento a decisão liminar, a tutela antecipada ou a sentença que venha a ser revogada ou rescindida, serão eles atualizados até a data da reposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001) (...)*

A proposta para celebração de TAC poderá ser feita de ofício pela autoridade competente para a instauração do processo disciplinar ou ser sugerida pela comissão responsável pela sua condução ou ainda, constar de pedido do agente público interessado (art. 5º).

> *(...) Art. 5º A proposta de TAC poderá:*
>
> *I - ser oferecida de ofício pela autoridade competente para instauração do respectivo procedimento disciplinar;*
>
> *II - ser sugerida pela comissão responsável pela condução do procedimento disciplinar;*
>
> *III - ser apresentada pelo agente público interessado.*
>
> *§ 1º Em procedimentos disciplinares em curso, o pedido de TAC poderá ser feito pelo interessado à autoridade instauradora em até 10 dias após o recebimento da notificação de sua condição de acusado.*
>
> *§ 2º O pedido de celebração de TAC apresentado por comissão responsável pela condução de procedimento disciplinar ou pelo interessado poderá ser, motivadamente, indeferido.*
>
> *§ 3º O prazo estabelecido no parágrafo 1º deste artigo, se aplica às hipóteses de oferecimento de ofício do TAC pela autoridade competente para instauração do respectivo procedimento disciplinar, que fixará no mesmo ato o prazo para a manifestação do investigado. (...)*

Acerca do momento de instauração do TAC, há duas possibilidades: pode ser efetivada antes da instauração de um procedimento disciplinar; ou quando o procedimento disciplinar já estiver em curso, observados os prazos acima.

Conforme já trabalhado nos itens 5.2. e 5.4., havendo notícia de cometimento de irregularidades por parte de agente público, a autoridade competente deverá determinar a sua averiguação; porém, não se precipitando em instaurar, desde logo, a sindicância ou o processo administrativo disciplinar, previstos na Lei nº 8.112/90.

A medida a ser adotada, no caso, é o competente juízo de admissibilidade, que servirá para determinar se há indícios suficientes de autoria e materialidade, e, ainda, analisar a gravidade do fato a partir de suas circunstâncias.

Restando claro no juízo de admissibilidade que o caso se caracteriza como de menor potencial ofensivo, pode a autoridade competente, de ofício, decidir pela instauração de TAC.

Caberá à autoridade, então, oferecer ao investigado a proposta de celebração de TAC, fixando o prazo de 10 dias para a manifestação (art. 5º, § 3º). Caso o investigado não se manifeste no prazo ou não aceite por qualquer motivo celebrar o TAC, a autoridade competente instaurará de imediato o processo administrativo disciplinar. Por outro lado, recebida a resposta afirmativa do investigado, celebrar-se-á o Termo de Ajustamento de Conduta a ser assinado por ambos, contendo, de acordo com o art. 6º, a qualificação do agente público envolvido; os fundamentos de fato e de direito para sua celebração; a descrição das obrigações assumidas; o prazo e o modo para o cumprimento das obrigações; e a forma de fiscalização das obrigações assumidas.

Em seguida, extrato do TAC será publicado em boletim interno ou no Diário Oficial da União e registrado nos assentamentos funcionais e no sistema CGU-PAD. Cópia do TAC será encaminhada à chefia imediata para acompanhamento de seu efetivo cumprimento, bem como, ao final do prazo acordado, para a comunicação à autoridade celebrante acerca do cumprimento do acordo ou, a qualquer momento, no caso de descumprimento do acordo.

O pedido de adoção do TAC poderá ser realizado pelo próprio acusado à autoridade instauradora, no prazo de até 10 (dez) dias contado do recebimento da notificação de sua condição de acusado no processo administrativo disciplinar. Após os 10 dias, há perda de tal faculdade (preclusão administrativa temporal).

Contudo, sobrevindo ao PAD pedido do acusado baseado em informação ou prova consistente produzida, que descaracterize a suposta infração de maior lesividade para de menor potencial ofensivo, poderá a comissão deliberar no sentido de sugerir a adoção do TAC à autoridade instauradora. Isso porque, além do interessado, a adoção do TAC pode também ser sugerida pela comissão apuratória, com base em novas informações ou provas colhidas durante a instrução do processo disciplinar (e não com fundamento na mera discordância quanto ao juízo de admissibilidade realizado com base na averiguação antecedente), situação na qual dará continuidade à apuração até ciência da concessão do benefício. Ciente do benefício concedido, a comissão deliberará o encerramento dos trabalhos em virtude da celebração do TAC publicado no boletim interno ou Diário Oficial, e a consequente devolução dos autos à autoridade instauradora.

Em ambas as situações, a concessão do benefício poderá ser motivadamente indeferida pela autoridade competente.

> *O TAC deve ser protocolizado na forma de um processo administrativo lato sensu, não se exigindo formalismo de publicar ato referente à sua abertura. O extrato do acordo será publicado em boletim interno ou Diário Oficial da União, contendo, ao menos, o número do processo, o nome do servidor celebrante e a descrição genérica do fato (art. 7º).*

As obrigações estabelecidas pela administração devem ser proporcionais e adequadas à conduta praticada, visando mitigar a ocorrência de nova infração e compensar eventual dano, e compreender, conforme o caso: reparação do dano causado; retratação do interessado; participação em cursos visando à correta compreensão dos seus deveres e proibições ou à melhoria da qualidade do serviço desempenhado; acordo relativo ao cumprimento de horário de trabalho e compensação de horas não trabalhadas; cumprimento de metas de desempenho; e sujeição a controles específicos relativos à conduta irregular praticada.

O TAC terá acesso restrito até o seu efetivo cumprimento ou até a conclusão do processo disciplinar decorrente de seu descumprimento (Art. 7, §3º)

Declarado o cumprimento das condições do TAC pela chefia imediata do agente público à autoridade celebrante, encerra-se a possibilidade de ser instaurado procedimento disciplinar pelos mesmos fatos objeto do ajuste (art. 8º).

Já no caso de descumprimento do TAC, a autoridade competente adotará imediatamente as providências necessárias à instauração ou continuidade do respectivo procedimento disciplinar, sem prejuízo da apuração relativa à inobservância das obrigações previstas no ajustamento de conduta (art. 8º,§ 2º).

Destaque-se, também, que o art. 9º da IN nº 4/2020, determina que assim que celebrado o TAC, o mesmo deverá ser registrado no CGU-PAD, competindo aos órgãos e entidades manter registro atualizado sobre o cumprimento das condições estabelecidas no TAC.

Um tema que merece atenção especial é o prazo estabelecido pela IN nº 4/2020 para o cumprimento do TAC. Delimitou-se um período de até 2 (dois) anos.

Finalmente, é importante assentar que a celebração do TAC Suspende, a partir de sua publicação, o curso do prazo da prescrição até a cessação de condição suspensiva, qual seja, o recebimento pela autoridade celebrante da declaração de cumprimento das condições do TAC a cargo da chefia imediata, nos termos do artigo 199, inciso I, da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

> *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Institui o Código Civil*
>
> *(...)*
>
> *Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:*
>
> *I - pendendo condição suspensiva;*
>
> *II - não estando vencido o prazo;*
>
> *III - pendendo ação de evicção. (...)*

8. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – RITO ORDINÁRIO

8.1. FASES: INSTAURAÇÃO, INQUÉRITO (INSTRUÇÃO, DEFESA E RELATÓRIO) E JULGAMENTO

O rito ordinário do processo administrativo disciplinar – que é o procedimento, o ritmo de condução dos trabalhos – está previsto nos arts. 148 a 166 da Lei nº 8.112/90, os quais estabelecem as fases de instauração, inquérito e julgamento, sendo que, dentro da fase de inquérito encontram-se as subfases de instrução, defesa e relatório.

De forma a melhor visualizar as fases e subfases citadas acima, transcreve-se o dispositivo que as estabelece:

> *Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:*
>
> *I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;*
>
> *II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;*
>
> *III - julgamento.*

Em tempo, esclareça-se que o tema será abordado neste momento à maneira de breve introdução, em vista do devido aprofundamento que a matéria receberá em tópico específico do manual.

Dito isso, passa-se à conceituação da primeira fase em tela – a instauração. A instauração do PAD no rito ordinário é um ato exclusivo daquela autoridade com competência regimental ou legal para tanto, e se realiza mediante a publicação de Portaria que designa a comissão disciplinar que atuará no apuratório.

A mencionada Portaria deve conter os dados funcionais dos membros da comissão (três servidores efetivos estáveis), a indicação de qual deles exercerá a função de presidente e o processo que será objeto de análise.

A publicação em comento, que oficialmente inicia o processo administrativo disciplinar e interrompe a contagem do prazo prescricional de que trata o § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112/90, deve ser realizada em boletim interno do próprio Órgão ou Entidade (Boletim de Serviço ou no Boletim de Pessoal), já que a Lei nº 8.112/90 não exige a publicação deste ato no Diário Oficial da União.

A publicação da portaria no Diário Oficial da União é recomendada nas hipóteses de se ter o apuratório transcorrendo fora do órgão instaurador ou envolvendo servidores de diferentes órgãos ou Ministérios, quando a portaria será ministerial ou interministerial, a depender do caso. Nesse sentido, destacam-se as previsões contidas na Portaria nº 283, de 2 de outubro de 2018, que dispõe sobre normas para publicação e pagamento de atos no Diário Oficial da União.

> *PORTARIA Nº 283, DE 2 DE OUTUBRO DE 2018*
>
> *(...)*
>
> *Atos da Seção 2*
>
> ***Art. 4º São publicados na Seção 2 do Diário Oficial da União os atos relativos a pessoal da União, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, cuja publicação decorra de disposição legal.***
>
> *(...)*

Vedação

Art. 8º É vedada a publicação no Diário Oficial da União de:

I - atos de caráter interno ou que não sejam de interesse geral;

II - atos concernentes à vida funcional dos servidores dos Poderes da União, que não se enquadrem nos termos do art. 4º desta portaria, incluindo-se:

i) designação de grupos de trabalho, salvo se interpoderes, interministerial, entre ministérios e órgãos vinculados, entre ministérios e suas extensões regionais, ou se composto por membros sem vínculo com a Administração Pública;

j) designação de comissões de constituição ou atuação interna;

Saliente-se que as páginas de internet de órgãos e entidades não reúnem as características de certeza, precisão e autenticidade suficientes para se enquadrar como fonte documental, por isso não podem substituir a publicação do ato instaurador.[56] A fase do inquérito, por sua vez, é aquela em que o trio processante designado irá apurar os fatos utilizando-se de todos os meios de prova admitidos pelo direito, ou seja, é nesse momento que a comissão, obedecendo aos princípios do contraditório e da ampla defesa, produzirá ou colherá todos os elementos que lhe permitam formar e exprimir a convicção definitiva acerca da materialidade e autoria dos fatos irregulares ou mesmo da sua inexistência.

Ainda na fase do inquérito, convém fazer expressa referência às três subfases que a constituem: instrução, defesa e relatório. Essas subfases correspondem, respectivamente e em apertada síntese, à produção de provas, apresentação de defesa escrita pelo servidor indiciado pela comissão como possível autor de condutas irregulares e manifestação da decisão final do colegiado disciplinar.

A subfase de instrução é aquela em que, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, são produzidas pela comissão disciplinar as provas necessárias ao esclarecimento dos fatos (por meio de investigação, diligência, análise documental, perícia, aquisição de prova emprestada, oitiva de testemunhas, acareação e interrogatório de acusados). Dessa forma, a partir de uma Notificação Prévia, o servidor cuja conduta esteja sob exame é convidado, desde o início, a participar do andamento dos trabalhos apuratórios desenvolvidos pela comissão disciplinar, passando a ser denominado de acusado.

Ao final da subfase de instrução, e caso se conclua pela culpa do servidor acusado, será elaborado o termo de indiciação, documento mediante o qual serão elencados os fatos irregulares imputados a determinado servidor e as provas de que se utilizou para chegar a tal conclusão. Esse termo de indiciação é oficialmente encaminhado ao acusado através de outro documento chamado mandado de citação.

Uma vez recebido o mandado de citação, inicia-se a subfase de defesa, na qual o servidor indiciado tem o prazo legal de dez dias para apresentar sua Defesa Escrita, nos termos do § 1º do art. 161 da Lei nº 8.112/90. Na hipótese de haver dois ou mais indiciados, esse prazo será comum e de 20 (vinte) dias. Nessa peça, o indiciado apresentará sua versão, sua defesa em relação aos fatos que lhe foram imputados no termo de indiciação. Lembrando que esse prazo poderá ser prorrogado pelo dobro, no caso de diligências julgadas indispensáveis (§ 3º do mesmo art. 161).

A mencionada defesa, após devidamente apreciada, será objeto de um Relatório Final, mediante o qual a comissão irá se pronunciar pela última vez no feito, apresentando sua convicção pela eventual transgressão legal ou regulamentar que entenda ter ocorrido ou pela inocência do servidor indiciado.

Tal documento – que deve ser sempre conclusivo pela culpa ou inocência do servidor indiciado ou pela inocência do servidor que não tenha sido indiciado – é enviado à autoridade instauradora dos trabalhos disciplinares, dando início à fase do julgamento. Sendo a autoridade instauradora competente para infligir a penalidade porventura aplicável e havendo ainda prazo legal para tanto, deverá fazê-lo, a não ser que a proposta do relatório esteja contrária às provas presentes nos autos.

56 Conforme Parecer nº 17/2019/CONJUR-CGU/CGU/AGU (Processo SEI nº 00190.105057/2018-41).

No caso de a autoridade instauradora não ser competente para a aplicação da pena, deverá providenciar o encaminhamento para quem o seja. Registre-se também que, dentre outros, nos casos das penas de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade, a autoridade julgadora deverá, antes de aplicá-las, ouvir seu órgão de assessoramento jurídico, por força do inciso I do art. 1º do Decreto nº 3.035, de 27 de abril de 1999.

8.2. PRAZOS: CONTAGEM E PRORROGAÇÃO

A Lei nº 8.112/90 estabeleceu, em seu art. 152, o prazo para a conclusão dos trabalhos da comissão de processo administrativo disciplinar, além de prever, nesse mesmo dispositivo, a possibilidade de prorrogação de tais trabalhos pelo mesmo prazo inicialmente concedido. Segue a norma citada:

> *Art. 152. O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.*

O prazo foi delineado de forma geral para todos os processos administrativos disciplinares instaurados, o que não implica dizer que, independente da dificuldade do caso sob apuração, esse prazo deva ser considerado como absoluto. Trata-se de um balizador dos trabalhos da comissão disciplinar que venha a atuar em uma apuração mais complexa e, nos casos mais simples, há de ser tomado como um período razoável para a real e definitiva solução do feito.

Todavia, isso não pode servir de escudo para a indefinida postergação dos trabalhos apuratórios nos casos mais complexos, sob pena de se descumprir ordenamento constitucional que estabelece como direito de todos, tanto no âmbito judicial quanto no administrativo, a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), além de poder configurar crime a procrastinação do encerramento do processo (art. 31 da Lei nº 13.869/2019). E, ainda, até mesmo em função da existência do instituto da prescrição que, com a sua incidência, pode retirar da Administração Pública o direito de infligir qualquer punição a um eventual servidor autor de infração disciplinar.

8.2.1. Contagem

Por contagem se entende a maneira como o intervalo de tempo conceituado no item anterior será efetivamente aplicado no calendário civil, ou seja: em que dia começa a ser contado o prazo concedido na portaria instauradora do processo administrativo disciplinar; se esse prazo, após o início de seu transcurso, é contado somente em dias úteis ou corridos; e qual a data de seu término.

A forma de contagem do prazo em tela explica-se pelo disposto tanto na Lei nº 8.112/90, quanto na Lei nº 9.784/99, conforme se lê:

> *Lei nº 8.112/90:*
>
> *Art. 152. O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.*
>
> *Art. 238. Os prazos previstos nesta Lei serão contados em dias corridos, excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, ficando prorrogado, para o primeiro dia útil seguinte, o prazo vencido em dia em que não haja expediente.*
>
> *Lei nº 9.784/99:*
>
> *Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.*

§ 1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.

§ 2º Os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo.

A primeira conclusão da análise dos dispositivos acima é que, após iniciado o transcurso do prazo, não importa se se trata de dia útil ou não; todos entrarão no cômputo porque o prazo é contado em dias "corridos" ou de "modo contínuo".

No concerne à questão do início e do término do prazo, a forma de contagem dá-se a partir da seguinte interpretação: a) o art. 152 da Lei nº 8.112/90 estabelece o prazo de 60 (sessenta) dias e que o início da contagem desses dias se dá a partir da publicação do ato que constitui a comissão de processo administrativo disciplinar; b) por sua vez, o art. 238 da mesma norma, acompanhado pelo art. 66 da Lei nº 9.784/99 (e até pelo art. 224, caput, do CPC), excluem da contagem o dia do começo, logo se exclui o dia da publicação do ato para a contagem do prazo de 60 dias estabelecido pelo art. 152; c) ainda por força do art. 238, Lei nº 8.112/90, art. 66, § 1º da Lei nº 9.784/99 e art. 224, §1º, do CPC, será incluído na contagem o dia do vencimento (60º dia), sendo automaticamente prorrogado para o próximo dia útil, caso tenha caído em dia que não o seja.

Harmonizando as normas, e de maneira a exemplificar o sobredito, imagine-se uma comissão de processo administrativo disciplinar cuja portaria instauradora tenha sido publicada em uma sexta-feira (9 de outubro). A contagem do prazo de 60 dias para o término dos trabalhos da dita comissão será iniciada no sábado seguinte à publicação da portaria em estudo (10 de outubro).

Ainda a título de exemplo, e agora com vistas à análise da data final de um prazo de 60 dias, imagine-se que o 60º dia desse prazo seja um sábado (11 de dezembro). Logo, o término efetivo do prazo da comissão será segunda-feira (13 de dezembro) – perceba-se que o término do prazo seria no próprio dia 11 de dezembro se ele fosse um dia útil.

É importante ressaltar que a forma de contagem dos prazos está expressa na Lei nº 8.112/90 e na Lei nº 9.784/99, que é a primeira fonte que se busca para possível aplicação subsidiária, quando necessária. Por esta razão não se aplica, no processo disciplinar, a previsão do art. 224, § 1º do CPC, no sentido de postergar o início da contagem de prazo até o próximo dia útil.

A matéria, contudo, comportará interpretação diversa quando se tratar de prazos estabelecidos em face de acusados/indiciados, tais como aqueles impostos pela comissão para apresentação de manifestação, defesa, ou para comparecimento na produção de prova, os quais não deverão começar a ser contados em dias não úteis (art. 224, CPC), a fim de possibilitar ao máximo o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Frise-se, trata-se de uma exceção, uma interpretação em favor do pleno exercício de ampla defesa, que vai ao encontro de orientação normalmente fornecida pela CGU no sentido de que, no curso da apuração, as manifestações da defesa não deverão ser rejeitadas unicamente por conta de eventual intempestividade (observados, sempre, no caso concreto, os limites necessários a não inviabilizar o próprio deslinde eficaz dos trabalhos).

8.2.2. Prorrogação

Como já tratado no início deste tópico, o art. 152 da Lei nº 8.112/90 prevê a possibilidade de prorrogação dos trabalhos da comissão disciplinar pelo mesmo período concedido inicialmente, qual seja, até 60 dias.

Assim, é de se observar que a autoridade competente não é obrigada a conceder o prazo de 60 dias para que a comissão disciplinar leve a cabo os seus trabalhos apuratórios, mas, caso não o faça, determinando, por exemplo, o período inicial de 45 dias para tal mister, estará obrigada a estabelecer os mesmos 45 dias para a efetiva conclusão dos referidos trabalhos se por acaso surgir a necessidade de sua prorrogação.

Isso posto, sugere-se que a autoridade sempre estabeleça o prazo inicial máximo permitido pela lei, ou seja, 60 dias, uma vez que poderá conceder eventual prorrogação dos trabalhos pelo mesmo período e, caso a comissão conclua sua tarefa antes do término desse prazo, não há nenhum impedimento a que entregue de imediato o respectivo Relatório Final para o competente julgamento.

Para que seja realizada a prorrogação do prazo, a comissão disciplinar deverá formular o respectivo pedido à autoridade competente com antecedência e de forma a esclarecer as justificativas dessa prorrogação (podem ser citados, por exemplo, os trabalhos já realizados e aqueles ainda por realizar).

Registre-se, ainda, que não é aconselhável haver lapso de tempo entre o término do prazo inicialmente estabelecido e a publicação do ato de prorrogação no boletim interno (Boletim de Serviço ou no Boletim de Pessoal), e muito menos deve a comissão realizar qualquer ato nesse eventual e inconveniente intervalo de dias, sob pena de ser tal ato questionado e até mesmo anulado. Para evitar problemas dessa natureza, é de boa praxe que a autoridade competente publique o ato de prorrogação no dia do término do prazo inicial.

Um último ponto digno de nota é a possibilidade de eventualmente não figurar no ato constituidor da comissão disciplinar o prazo concedido para a conclusão dos seus trabalhos. Nessa situação, considera-se o prazo máximo de 60 dias concedido pelo ordenamento legal.

8.2.3. Continuidade da Apuração

Questão de relevo é a atinente ao término do prazo para a conclusão dos trabalhos a cargo da comissão de processo administrativo disciplinar, ou seja, vencido, nos termos do art. 152 da Lei nº 8.112/90, o prazo inicial de 60 dias somado ao de prorrogação por mais 60 dias, qual a solução a ser adotada?

A resposta a essa indagação não é encontrada diretamente na leitura da lei, mas é extraída da sua interpretação sistemática e teleológica, bem como dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que já se encontram consolidados sobre o tema.

De início, o que se deve ter como certo é que o esgotamento do prazo legal conferido ao trio processante sem que esse tenha concluído o seu munus público com a apresentação do relatório final, não significa o perdimento do poder disciplinar apuratório e punitivo da Administração.

Com efeito, turbada a regularidade do serviço público com a eventual prática de irregularidade administrativo-disciplinar por servidor público, e sendo esse fato conhecido pela Administração, tem-se por imposto, à luz do estabelecido pelo art. 143 da Lei nº 8.112/90, o dever de apuração.

O exercício desse dever, consoante já exposto no tópico respectivo, pode dar-se, inicialmente, com a realização do juízo de admissibilidade e a deflagração de algum dos procedimentos investigativos. Ou ainda, pode ocorrer com a instauração direta de alguma das medidas disciplinares contraditórias, conceito no qual se insere o processo administrativo disciplinar, quando já verificados indícios suficientes de autoria e materialidade.

Nessa esteira, conhecido pela Administração o suposto fato irregular, emerge o dever de apuração e, a partir desse momento, inicia-se a contagem do prazo prescricional da pretensão punitiva da Administração.

Nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 142 da Lei nº 8.112/90, e considerando o disposto no Enunciado CGU nº 1, a instauração do processo administrativo disciplinar interrompe a marcha do fluxo prescricional, o qual voltará a correr, desde o seu início, a partir do término do prazo legal estabelecido para a apuração, o qual, consoante anteriormente abordado, perfaz 140 dias, haja vista que se refere à soma dos 60 dias iniciais, acrescido dos 60 dias de prorrogação e dos 20 dias conferidos para o julgamento – tal assunto será novamente discutido em 15.3.

Vê-se, assim, que a única repercussão prevista na Lei nº 8.112/90 para a inconclusividade da apuração no prazo ordinariamente estabelecido é a retomada da contagem do prazo previsto inicialmente para a prescrição da pretensão punitiva da Administração, o qual, consoante os incisos I a III do art. 142 da Lei nº 8.112/90 poderá ser 180 dias, se a penalidade cabível for de advertência, 2 anos, se a pena for de suspensão, ou 5 anos, quando a penalidade for de demissão, destituição do cargo em comissão e cassação de aposentadoria.

Conclui-se, portanto, que após vencido o prazo legalmente estabelecido para os trabalhos da comissão, não se dá a extinção do poder disciplinar da Administração, de modo que, passado esse prazo, necessária se faz a concessão de novos e subsequentes prazos para a elucidação dos fatos sob apuração, com espeque na busca da verdade material, e à luz de princípios como os da eficiência, moralidade e duração razoável do processo.

Nesse sentido, poderá a autoridade competente, sempre ponderando no caso concreto a utilidade e necessidade da continuidade do procedimento, e com esteio nos princípios mencionados, conferir novo prazo de trabalho à comissão disciplinar

Acrescente-se que a possibilidade de concessão de novos prazos de trabalho para a comissão pode ser extraída, também, da leitura do parágrafo único do art. 147 da Lei nº 8.112/90, ao determinar o esgotamento do prazo do afastamento preventivo ainda que não finalizado o processo. Eis o que dispõe o referido dispositivo:

> *Art. 147. (...)*
>
> *Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.*

Nessa linha, o STJ já se manifestou no sentido de que a não conclusão do processo administrativo disciplinar no prazo de 120 dias (prazo originário de 60 dias mais a prorrogação por igual período), na forma do art. 152 da Lei nº 8.112/90, não constitui nulidade. Eis o excerto que traduz esse entendimento (Idem: STF, Mandados de Segurança nº 7.015, 21.494 e 22.656; e STJ, Mandados de Segurança nº 7.066, 7.435 e 8.877; e Recursos em Mandado de Segurança nº 6.757 e 10.464):

> *Ementa: Esta Colenda Corte já firmou entendimento no sentido de que a extrapolação do prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar não consubstancia nulidade susceptível de invalidar o procedimento.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MS nº 7.962/DF)*

Por outro lado, para a concessão de novo prazo, a autoridade deverá emitir novo ato designatório da comissão, para que, no prazo de até 60 dias contados da publicação da nova portaria no boletim interno (Boletim de Serviço ou Boletim de Pessoal), continue ou ultime a apuração deflagrada pela portaria de instauração inicial. Esse prazo poderá, assim como o originário, sofrer única prorrogação por igual período, consoante se depreende do art. 152 da Lei nº 8.112/90. Nessa toada, esgotado o prazo de prorrogação, a autoridade poderá novamente realizar o juízo de ponderação e decidir, no caso concreto, segundo as circunstâncias que o permeiam, por designar ou reconduzir novamente o trio processante, e assim sucessivamente, até o término dos trabalhos.

Com o intuito de subsidiar a decisão da autoridade instauradora sobre os pedidos de recondução ou nova designação, formulados pelo trio processante, é imperioso que este sempre justifique a solicitação, demonstrando de forma sucinta os atos e diligências já realizados e quais ainda são indispensáveis, indicando o novo prazo necessário à sua realização. Trata-se referida justificativa do cumprimento do dever de prestar contas, inerente ao servidor público, bem como de fundamento necessário para a decisão de prorrogação ou recondução do processo disciplinar, tendo em vista que constitui crime de abuso de autoridade estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado (art. 31 da Lei nº 13.869/2019).

Ademais, considerando que se trata de nova designação do trio processante, pode a autoridade, nesse momento, decidir pela substituição de algum ou de todos os membros.

Finalmente, deve ser observado o que já foi exposto no tópico sobre prorrogação, no que se refere à recomendação no sentido de que inexista lapso temporal entre o término da contagem do prazo anteriormente previsto e o novo prazo decorrente da portaria que determinar a continuidade da apuração. Ainda, se houver esse lapso temporal, deve a comissão abster-se de praticar qualquer ato nesse período, vez que não estará amparada em ato delegante emitido pela autoridade competente que lhe confira competência apuradora.

9. INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

O processo administrativo disciplinar – PAD está regulado nos artigos 148 a 182 da Lei nº 8.112/90 e desenvolve-se nas fases de instauração, inquérito administrativo (instrução, defesa e relatório) e julgamento (cf. art. 151 da Lei nº 8.112/90).

A primeira fase do processo, a cargo da autoridade instauradora, após o exame ou juízo de admissibilidade, inaugurando a sede disciplinar propriamente dita, é chamada de instauração. É pontual e não comporta contraditório. O art. 153 da Lei nº 8.112/90 garante o direito ao contraditório somente na segunda fase do processo, ou seja, na fase do inquérito administrativo.

> *PARECER-AGU Nº GQ-55, vinculante: "6. O comando constitucional para que se observem o contraditório e a ampla defesa, no processo administrativo, é silente quanto à fase processual em que isto deve ocorrer (cfr. o art. 5º, LV). É tema disciplinado em norma infraconstitucional: a Lei nº 8.112, de 1990, assegura a ampla defesa no curso do processo disciplinar e, o contraditório, no inquérito administrativo (v. os arts. 143 e 153), que corresponde à 2ª fase do apuratório (art. 151, II)."*

A instauração do processo disciplinar se dará através da publicação da portaria baixada pela autoridade competente, que designará seus integrantes e indicará, dentre eles, o presidente da comissão de inquérito (art. 151, I, c/c art. 149, Lei nº 8.112/90).

A mencionada portaria deve conter os dados funcionais dos membros da comissão (nome, cargo e matrícula), a indicação de qual deles exercerá a função de presidente, o procedimento do feito (PAD ou Sindicância), menção ao prazo concedido e ao objeto da análise do processo.

Portanto, a instauração do processo disciplinar só existe e se aperfeiçoa com a publicação do ato que constituir a comissão (portaria inaugural).

Em reforço a tal entendimento, transcreve-se, a seguir, os ensinamentos de Ivan Barbosa Rigolin:

> *Instaura-se, ou abre-se, o processo pela fase de comunicação do ato que constituir a comissão processante, ato esse de responsabilidade da autoridade competente para nomear os membros de cada qual (que é sempre especial para cada caso).*[57]

A publicação do ato que oficialmente inicia o processo administrativo disciplinar e interrompe a contagem do prazo prescricional de que trata o § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112/90, deve ser realizada em boletim interno do próprio Órgão ou Entidade (Boletim de Serviço ou no Boletim de Pessoal), já que a Lei nº 8.112/90 não exige a publicação deste ato no Diário Oficial da União.

A publicação da portaria no Diário Oficial da União é recomendada nas hipóteses de se ter o apuratório transcorrendo fora do órgão instaurador ou envolvendo servidores de diferentes órgãos ou Ministérios, quando a portaria será ministerial ou interministerial, a depender do caso. Nesse sentido, destacam-se as previsões contidas na Portaria nº 283, de 2 de outubro de 2018, que dispõe sobre normas para publicação e pagamento de atos no Diário Oficial da União.

> *PORTARIA Nº 283, DE 2 DE OUTUBRO DE 2018*
>
> *(...)*
>
> *Atos da Seção 2*
>
> ***Art. 4º São publicados na Seção 2 do Diário Oficial da União os atos relativos a pessoal da União, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, cuja publicação decorra de disposição legal.***
>
> *(...)*

57 RIGOLIN, 2010, p. 323.

Vedação

Art. 8º É vedada a publicação no Diário Oficial da União de:

I - atos de caráter interno ou que não sejam de interesse geral;

II - atos concernentes à vida funcional dos servidores dos Poderes da União, que não se enquadrem nos termos do art. 4º desta portaria, incluindo-se:

i) designação de grupos de trabalho, salvo se interpoderes, interministerial, entre ministérios e órgãos vinculados, entre ministérios e suas extensões regionais, ou se composto por membros sem vínculo com a Administração Pública;

j) designação de comissões de constituição ou atuação interna;

Saliente-se que as páginas de internet de órgãos e entidades não reúnem as características de certeza, precisão e autenticidade suficientes para se enquadrar como fonte documental, por isso não podem substituir a publicação do ato instaurador no Diário Oficial da União ou no Boletim Interno.[58]

9.1. MOMENTO DA INSTAURAÇÃO

O momento para a instauração do feito disciplinar pela autoridade competente, seja de ofício ou por provocação, é aquele imediatamente após o conhecimento dos fatos que impliquem a necessária apuração (art. 143 da Lei nº 8.112/90). Nesse ponto, deve-se ressaltar cautela no trato do assunto, considerando a possível repercussão nos prazos de prescrição. Oportuno citar o PARECER Nº AGU/LS-1/98 (Anexo ao PARECER-AGU GQ-149):

> *13. Desse modo, a autoridade competente, isto é, aquela a quem couber, por força legal, determinar a apuração da responsabilidade do servidor público denunciado, deverá, de imediato, nomear a comissão processante, tudo na conformidade do que estabelecem os arts. 148 usque 173, da Lei 8.112/90.*

Repise-se que nada impede que, antes da instauração do devido processo acusatório, a autoridade competente determine a instauração de processo de caráter investigativo, com o escopo de identificar a autoria do ilícito ou obter lastro probatório mais robusto relativo à materialidade do delito.

9.2. LOCAL DA INSTAURAÇÃO

No aspecto espacial, o processo disciplinar será instaurado, preferencialmente, no âmbito do órgão ou instituição em que supostamente tenha sido praticado o ato antijurídico.

Essa regra geral tem o propósito de facilitar a coleta de provas e a realização de diligências necessárias à elucidação dos fatos controversos.

No julgado abaixo, o STJ, fundamentando-se no art. 173, I da Lei nº 8.112/90, entende não ter havido vício no aspecto formal, visto que o processo foi instaurado no local onde os fatos ocorreram, apesar de ser lugar diverso da lotação do servidor (irregularidades cometidas fora da unidade de lotação do servidor).

> *MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. IRREGULARIDADES. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A legislação prevê (Lei n. 8.112/90, art. 173, I) a hipótese de o processo administrativo ter curso em local diverso da repartição do servidor indiciado. No caso, o PAD foi instaurado no local onde os fatos ocorreram, inexistindo qualquer vício nesse aspecto.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MS nº 13111/DF - 2007/0230465-5. Relator: Ministro Félix Fischer, julgado em 27/2/2008, publicado em 30/4/2008)*

58 Conforme Parecer nº 17/2019/CONJUR-CGU/CGU/AGU (Processo SEI nº 00190.105057/2018-41).

No caso de infrações cometidas por servidores cedidos a outros órgãos, a competência é do órgão onde ocorreu a irregularidade para a instauração do processo disciplinar. Todavia, como o vínculo funcional do servidor se dá com o órgão cedente, apenas a este incumbiria o julgamento e aplicação da penalidade, nos termos inclusive esposados na Nota DECOR/CGU/AGU Nº 016/2008-NMS:

> *A competência para julgar processo administrativo disciplinar envolvendo servidor cedido a outro órgão ou instituição só pode ser da autoridade a que esse servidor esteja subordinado em razão do cargo efetivo que ocupa, ou seja, da autoridade competente no âmbito do órgão ou instituição cedente.*
>
> *Essa competência decorre do princípio da hierarquia que rege a Administração Pública, em razão do qual não se pode admitir que o servidor efetivo, integrante do quadro funcional de um órgão ou instituição, seja julgado por autoridade de outro órgão ou instituição a que esteja apenas temporariamente cedido.*
>
> *É fato que o processo administrativo disciplinar é instaurado no âmbito do órgão ou instituição em que tenha sido praticado o ato antijurídico. Entretanto, tão logo concluído o relatório da comissão processante, deve-se encaminhá-lo ao titular do órgão ou instituição cedente para julgamento.*

Aliás, ressalte-se que, neste caso, para a realização do julgamento, a autoridade competente do órgão cedente não precisará designar uma nova comissão de inquérito.

Na hipótese de servidores cedidos para outro ente da Federação, a Assessoria Jurídica da CGU-PR emitiu o seguinte parecer:

> *As irregularidades cometidas pelo agente no curso da cessão poderão ser objeto de apuração tanto pelo órgão cedente, federal, como pelo órgão cessionário, estadual, competindo a cada um instruir seu respectivo processo disciplinar, na forma procedimental prevista em seus respectivos estatutos, bem como julgar e aplicar a penalidade, nos termos, novamente, de seus respectivos diplomas. Os efeitos da penalidade, caso aplicada, tampouco poderão atingir o vínculo mantido com o outro ente federativo (Parecer nº 41/2011/ASJUR/CGU-PR).*

Ademais, sobre o tema, José Armando da Costa esclarece:

> *Como a cada esfera de governo compete legislar sobre o regime jurídico dos seus respectivos servidores, não poderá, em tal matéria, haver incursão de uma esfera sobre outra, havendo, por conseguinte, total independência entre essas entidades federativas*[59].

Em outra hipótese, contrária à regra geral, poderia ocorrer do servidor investido em cargo público federal na Administração Direta ocupar, à época do cometimento das supostas irregularidades, um cargo em comissão em empresa pública (entidade da Administração Indireta), cujo quadro de pessoal é regido pela Consolidação das Leis Trabalhista – CLT. Este fato não retira sua condição de servidor público estatutário regido pela Lei nº 8.112/90. Logo, por expressa previsão legal, só poderia ser processado por comissão de PAD ou sindicância acusatória/punitiva constituída por servidores públicos estáveis.

Dessa forma, considerando a necessidade de se designar servidores estáveis para comporem a comissão, verifica-se a impossibilidade de o presidente da empresa pública o fazer. É que seu poder hierárquico é, em princípio, restrito aos empregados de sua empresa. Assim, em situações como esta, de forma excepcional, o PAD deverá ser instaurado pela autoridade do órgão ou entidade em que o servidor possua um vínculo efetivo, ou seja, a Administração Direta. Eis um exemplo de caso de exceção à regra geral, em que as apurações de irregularidades são realizadas no órgão ou entidade diverso daquele onde os fatos ilícitos teriam supostamente ocorrido, ou ainda, pela própria CGU.

59 COSTA, 2011, p. 468

Uma outra exceção à regra geral é estabelecida no parágrafo 3º, do art. 143, da Lei nº 8.112/90, em que se cogita da possibilidade de delegação da apuração do fato ilícito por autoridade de órgão ou entidade diverso daquele em que tenha ocorrido a irregularidade:

> *Art. 143. (...)*
>
> *§ 3º. A apuração de que trata o caput, por solicitação da autoridade a que se refere, poderá ser promovida por autoridade de órgão ou entidade diverso daquele em que tenha ocorrido a irregularidade, mediante competência específica para tal finalidade, delegada em caráter permanente ou temporário pelo Presidente da República, pelos presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, no âmbito do respectivo Poder, órgão ou entidade, preservadas as competências para o julgamento que se seguir à apuração (incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97).*

Nesses termos, sobre o tema, transcreve-se, abaixo, a doutrina de Ivan Barbosa Rigolin[60]:

> *O § 3º, incluído pela Lei nº 9.527/97, prescreve que a apuração da irregularidade de que tenha tido ciência a autoridade poderá dar-se não pela autoridade do órgão na qual ocorreu, porém pela de outro órgão, que exercerá esse poder por competência expressamente delegada, seja em caráter permanente, seja em caráter temporário ou apenas para aquele ensejo, pelas autoridades que o dispositivo elenca, conforme cada caso.*
>
> *Essas autoridades são o Presidente da República, os presidentes de cada casa do Congresso Nacional, o presidente de cada tribunal federal e o Procurador-Geral da República, sempre dentro de cada respectivo âmbito, porém fica sempre preservada a competência da autoridade hierárquica originária para o julgamento que se seguir àquela apuração.*

Mencione-se ainda o Agravo de Instrumento nº 64934-PE interposto perante o TRF da 5ª Região, que rejeitou a alegação de que o processo administrativo disciplinar estaria eivado de vício, visto que a comissão disciplinar veio a ser formada por servidores de outro(s) Estado(s), quando já existia comissão permanente naquele em que instaurado o PAD:

> *ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMISSÃO DISCIPLINAR. FORMAÇÃO. SERVIDORES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. LEGALIDADE. INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS EM OUTRO ESTADO. PAGAMENTO DE DIÁRIAS E DESPESAS AO INVESTIGADO E SEU DEFENSOR. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À AMPLA DEFESA. DENEGAÇÃO DE OITIVA DE TESTEMUNHA ARROLADA PELA DEFESA. NÃO OFENSA AO CONTRADITÓRIO. EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PAD. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.*
>
> *1. Nos termos do art. 143, § 3º, e 149 da Lei nº 8.112/90, os requisitos para a regularidade da formação da comissão processante são apenas a (i) estabilidade dos seus membros, (ii) a compatibilidade do seu grau de escolaridade e (iii) a sua designação pela autoridade competente, podendo os fatos a serem investigados ter ocorrido tanto no próprio Estado em que trabalham ou quanto em outro Estado em que o órgão ou entidade tenha representação.*
>
> *2. Não há qualquer ilegalidade na designação de comissão disciplinar de outro Estado, ainda que exista no lugar do processo administrativo disciplinar comissão permanente designada para esse fim, ao contrário com essa designação prestigia-se ainda mais o disposto no art. 150 da Lei nº 8.112/90 (imparcialidade dos membros). (…)*
>
> *(TRF 5ª Região – AI 64934-PE, 2005.05.00.036436-8, Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt, Data Julgamento: 17.03.2009)*

60 RIGOLIN, 2010, p. 312.

Explicitando o caso, trasladam-se fragmentos do voto do Relator, acatado por unanimidade:

> *(...) 2. No que concerne à possibilidade de formação de Comissão Disciplinar por membros de outros Estados, quando há comissão permanente formada no local da tramitação do processo, é de se frisar que inexiste vedação legal nesse sentido.*
>
> *3. Com efeito, a Lei nº 8.112/90, em seu art. 143, § 3º, estabelece que a autoridade que tiver ciência de qualquer irregularidade no serviço público é obrigada a apurá-la mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, podendo* ***essa apuração****, a critério da aludida autoridade, ser feita por* ***autoridade de órgão ou entidade diverso*** *daquele em que ocorrida a suposta irregularidade, desde que essa última possua competência específica para essa finalidade, a ela delegada em caráter* ***permanente ou temporário*** *pela autoridade máxima do Poder a que submetido o órgão ou a entidade.*
>
> *4. Significa, portanto, que, num órgão de abrangência nacional, como o é a Superintendência da Polícia Federal, a Comissão Disciplinar Permanente (ou a temporariamente formada para determinada apuração de irregularidade) de um Estado da Federação pode desempenhar suas funções na averiguação de irregularidades ocorridas em outro Estado da Federação.*
>
> *5. Nos termos do artigo 149 da Lei 8.112/90, ademais, o processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente,* ***observado o disposto no § 3º do art. 143****, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.*
>
> *6. Como se vê, os requisitos para a regularidade da formação da comissão processante são apenas a (i) estabilidade dos seus membros, (ii) o seu grau de escolaridade e (iii) a sua designação pela autoridade competente, podendo os fatos a serem investigados ter ocorrido no próprio Estado em que trabalham ou em outro Estado em que o órgão ou entidade tenha representação.*
>
> *7. Demais disso, é de acrescentar-se que uma Comissão formada por servidores de outro Estado provavelmente será até mesmo mais imparcial nas apurações do que se formada por servidores do mesmo local de trabalho do investigado, servindo ainda mais aos ditames do art. 150 da Lei n 8.112/90, segundo o qual 'A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração'.*
>
> *8. Não se questionando a estabilidade ou grau de escolaridade dos membros da Comissão e inexistindo mácula em serem eles servidores do mesmo órgão, mas lotados em outra Unidade da Federação, não há falar-se em qualquer ilegalidade na formação da Comissão.*
>
> *9. A jurisprudência pátria não dissente dessa conclusão, como se confere da emenda de julgado da Terceira Turma deste Tribunal, a seguir ementada:*
>
> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR ENGENDRADA CONTRA PORTARIA QUE DETERMINOU A CONSTITUIÇÃO DE COMISSÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR COMPOSTA POR SERVIDORES LOTADOS EM BRASÍLIA, PARA APURAÇÃO DE FALTA FUNCIONAL DE SERVIDOR LOTADO EM SERGIPE. CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE LESÃO AOS COFRES PÚBLICOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DOS MEMBROS DA COMISSÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA, IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.*
>
> *(...)*
>
> *4. Inexiste ilegalidade ou imoralidade no ato administrativo que constitui comissão de inquérito composta por membros residentes em Brasília, para apuração de falta disciplinar de servidor lotado em Sergipe, por conveniência administrativa, pois tal critério é de cunha essencialmente discricionário: tal circunstância confere, inclusive, maior imparcialidade ao procedimento, tendo em vista que os fatos serão apurados por pessoas estranhas, e, em tese, mais isentas do que servidores lotados na mesma localidade, com quem o acusado poderia manter laços de amizade ou inimizade, beneficiando, assim, o próprio acusado.*

(...)

6. Apelação improvida.

10. Destarte, rejeito a alegação de nulidade do processo administrativo disciplinar pela formação da Comissão respectiva mediante membros de outra Unidade da Federação.

(TRF – 5ª REGIÃO. Apelação Cível – 122326. Processo: 9705297606 UF: SE Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 10/12/1998. Fonte DJ – Data: 14/07/2000 – Página: 318. Relator(a): Desembargador Federal Geraldo Apoliano. Decisão UNÂNIME).

9.3. COMPETÊNCIA PARA INSTAURAR O PAD/SINDICÂNCIA

Diante do silêncio da Lei nº 8.112/90, a competência para instaurar os procedimentos disciplinares, no âmbito da Administração Pública Federal, depende de regulamentação da matéria que deve ser feita de acordo com a estrutura de cada órgão.

Em regra, é o regimento interno de cada órgão público federal que soluciona tal lacuna, definindo a autoridade competente para instaurar a sede disciplinar. De um modo geral, tal competência é da autoridade a que os servidores faltosos estejam subordinados.

Segundo Marçal Justen Filho:

> *A competência para instauração do processo disciplinar recai, em princípio, sobre a autoridade titular da competência para impor a sanção administrativa. Mas é possível que a lei ou o regulamento dissociem as duas competências, respeitando-se a regra do art. 141 da Lei nº 8.112/90 (que dispõe genericamente sobre o assunto).*[61]

Caso a irregularidade ocorra em unidades diferentes de um mesmo órgão/entidade, ensejando superposição hierárquica de comandos distintos, o procedimento disciplinar deverá, em regra, ser instaurado pela autoridade que tenha ascendência funcional comum sobre as unidades envolvidas.

> *ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE. NULIDADES. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. COMISSÃO DISCIPLINAR. ART. 149 DA LEI Nº 8.112/90. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. "WRIT " IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ORDEM DENEGADA. I - Consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, em regra, a autoridade administrativa é competente para determinar a instauração do processo administrativo disciplinar que vise a apurar faltas de seus subordinados. Entretanto, se o caso a ser apurado envolve pessoas de diferentes níveis hierárquicos, a competência para instauração do processo será deslocada para a autoridade que tenha ascendência hierárquica sobre todos os servidores envolvidos. II - Nos termos da Lei nº 8.112/90 - art. 167, § 2º - havendo mais de um indiciado e diversidade de sanções o julgamento caberá à autoridade competente para a imposição da pena mais grave. (...)*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MS nº 6078/DF - 1998/0093552-5. Relator: Ministro Gilson Dipp, julgado em 9/4/2003, publicado em 28/4/2003)*

Pode acontecer, ainda, de estarem envolvidos servidores de vários órgãos na mesma irregularidade. Nesses casos, recomenda-se a instauração da comissão de processo administrativo disciplinar por ato conjunto entre os dirigentes máximos de cada órgão, ou ainda, diretamente pela CGU.

Enfim, complementando, no que diz respeito à competência para instaurar cada uma das espécies de processo disciplinar, sugere-se, de acordo com a doutrina de Adriane de A. Lins e Debora V. S. B. Denys, que seja dada:

61 JUSTEN FILHO, 2005, p. 1.012.

a) à autoridade máxima do órgão (presidente da autarquia ou da fundação), competência para instaurar as sindicâncias investigatórias e punitivas, com o fim de apurar as irregularidades ocorridas:

i) no âmbito da Administração Central; e

ii) no âmbito das demais unidades da Federação, quando a natureza e a gravidade dos fatos e os envolvidos exigirem;

b) à autoridade máxima do órgão (presidente da autarquia ou da fundação) competência para instaurar os processos disciplinares e os ritos sumários, com o fim de apurar as irregularidades ocorridas em todo o território nacional;

c) aos chefes das regionais (gerentes executivos, superintendentes regionais, delegados regionais) competência para instaurar as sindicâncias investigatórias e punitivas, com o fim de apurar as irregularidades ocorridas no âmbito de suas respectivas jurisdições.[62]

Vale ressaltar que a eventual instauração de processo disciplinar por autoridade incompetente poderá ser objeto de convalidação. Nesse sentido, cite-se a jurisprudência do STJ, que entende incabível a anulação do ato de demissão por mero vício formal, desde que tenham sido devidamente observados os princípios da ampla defesa e do contraditório:

EMENTA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO PARANÁ. DEMISSÃO. PROCESSO DISCIPLINAR. INSTAURAÇÃO PELO CORREGEDOR-GERAL. AUTORIDADE INCOMPETENTE. CONVALIDAÇÃO DO ATO PELO CONSELHO DA POLÍCIA CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E DE PROCURADOR DO ESTADO NO CONTROLE DE ATOS DISCIPLINARES. ART. 6º, INCISOS IV E VII, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. PROVA ACUSATÓRIA. DESCONSTITUIÇÃO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO. 1. A circunstância de ter sido determinada a abertura do processo disciplinar por ato do Corregedor-Geral da Polícia Civil do Estado do Paraná, e não pelo Conselho da Polícia Civil, conforme previa a Lei Complementar Estadual 89/01, não enseja nulidade, porquanto o órgão deliberativo acabou por convalidar aquele ato ao julgar o relatório da comissão processante, concluindo pela aplicação da pena de demissão".

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RMS 20631/PR - 2005/0152297-0. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 10/5/2007, publicado em 28/5/2007)

9.4. AFASTAMENTO PREVENTIVO

O afastamento preventivo é ato de competência da autoridade instauradora, formalizado por meio de portaria, quando se vislumbrar que o servidor acusado, caso mantido seu livre acesso à repartição, poderá trazer qualquer prejuízo à apuração, seja destruindo provas, seja coagindo demais intervenientes na instrução probatória[63].

O instituto afasta o servidor de suas tarefas e impede seu acesso às dependências da repartição como um todo (e não apenas de sua sala de trabalho)[64]. O afastamento se dará a pedido da comissão ou de ofício pela própria Autoridade Instauradora, sendo possível ocorrer no momento da instauração do processo ou após o início dos trabalhos:

Art. 147. Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.

62 LINS, 2007, p. 187 e 188.

63 TEIXEIRA, 2020, p. 804.

64 TEIXEIRA, 20202, p. 801

Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

Necessário destacar que, ao contrário da comissão, que poderá ser reconduzida após o transcurso do prazo e de sua prorrogação, o afastamento do servidor acusado só poderá ocorrer pelo prazo de até 60 dias, admitida uma única prorrogação. Desse modo, só se admite o afastamento preventivo pelo prazo máximo de 120 dias.

9.5. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO

A portaria[65] é o instrumento de que se utiliza a autoridade administrativa para formalizar a instauração do procedimento apuratório. Além dessa função iniciatória do processo, a portaria instauradora constitui a comissão, designa o seu respectivo presidente e estabelece os limites da apuração. Mas somente adquire tal valor jurídico pontualmente com a publicação, nem antes e nem depois. A portaria é elemento processual indispensável e, portanto, deverá ser juntada aos autos.

Nesses termos, o julgamento do STJ:

> *ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ATO DE DEMISSÃO IMINENTE E ATUAL. JUSTO RECEIO EVIDENCIADO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM RECONHECIDA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. (...)*
>
> *3. A portaria inaugural tem como principal objetivo dar início ao Processo Administrativo Disciplinar, conferindo publicidade à constituição da Comissão Processante, nela não se exigindo a exposição detalhada dos fatos imputados ao servidor, o que somente se faz indispensável na fase de indiciamento, a teor do disposto nos arts. 151 e 161, da Lei nº 8.112/1990.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MS nº 8030/DF, 2001/0158479-7. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 13/6/2007, publicado em 6/8/2007)*

9.5.1. Requisitos formais essenciais

A portaria instauradora do processo administrativo disciplinar deverá conter os seguintes elementos:

a) autoridade instauradora competente;

b) os integrantes da comissão (nome, cargo e matrícula), com a designação do presidente;

c) a indicação do procedimento do feito (PAD ou sindicância);

d) o prazo para a conclusão dos trabalhos;

e) a indicação do alcance dos trabalhos, reportando-se ao número do processo.

Não constitui nulidade do processo a falta de indicação, na portaria inaugural, do nome do servidor acusado, dos supostos ilícitos e seu enquadramento legal (não é demais ressalvar, contudo, que as infrações apuradas mediante rito sumário possuem tratamento legal diferenciado). Ao contrário de configurar qualquer prejuízo à defesa, tais lacunas na portaria preservam a integridade do servidor envolvido e obstam que os trabalhos da comissão sofram influências ou seja alegada a presunção de culpabilidade, ou até mesmo a ocorrência de crime de abuso de autoridade, devido à conduta de antecipar, por meio de comunicação, a atribuição de culpa antes de concluída a apuração e formalizada a acusação (art. 38 da Lei nº 13.869/2019).

65 A IN CGU nº 14/2018 adotou a terminologia "ato instaurador", pois há órgãos e entidades que utilizam outros tipos de ato administrativo para instauração de processos, tais como Resoluções, Despachos, etc. Assim, no presente manual, onde houver referência a portaria, se deve estender a estes outros tipos de ato instaurador.

A indicação de que contra o servidor paira uma acusação é formulada pela comissão na notificação para que ele acompanhe o processo como acusado; já a descrição da materialidade do fato e o enquadramento legal da irregularidade (se for o caso) são feitos pela comissão em momento posterior, somente ao final da instrução contraditória, com a indiciação.

Tal posicionamento já vinha sendo assinalado pela AGU em seus pareceres: GQ-12 (vinculante, itens 16 e 17), GQ-35 (vinculante, item 15), GQ-37 (item 24), GQ-100 (item 4).

> *GQ-100 - Essas conotações do apuratório demonstram a desnecessidade de consignarem, no ato de designação da c.i., o* ***ilícito*** *e correspondentes* ***dispositivos legais****, bem assim os possíveis* ***autores****, medidas não recomendáveis até mesmo para obstar influências no trabalho da comissão ou presunção de culpabilidade. Efetua-se a notificação dos possíveis autores para acompanharem o desenvolvimento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, imediatamente após a instalação da c.i., para garantir o exercício do direto de que cuida o art. 156 da Lei nº 8.112, cujo art. 161, de forma peremptória, exige a enumeração dos fatos irregulares na indiciação. (Pareceres nº AGU/WM-2/94 e AGU/WM-13/94, adotados pelo Sr. Advogado-Geral da União, mediante os Pareceres nº GQ-12 e GQ-37, e sufragados pelo Senhor Presidente da República, in D.O. de 10/2/94 e 18/11/94).*

Ademais, é também esse entendimento que vem prevalecendo na jurisprudência atual:

> *EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ATO DE DEMISSÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES AFASTADAS. ORDEM DENEGADA. (…) 4. A Portaria inaugural de processo administrativo disciplinar está dispensada de trazer em seu bojo uma descrição minuciosa dos fatos a serem apurados pela Comissão Processante, bem como a capitulação das possíveis infrações cometidas, sendo essa descrição necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória. Precedentes.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 14836/DF - 2009/0231373-9. Relator: Ministro Celso Limongi, julgado em 24/11/2010, publicado em 3/12/2010)*
>
> *EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. TRANCAMENTO. DESCABIMENTO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL APOSENTADO POR INVALIDEZ (ESQUIZOFRENIA) NO CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA. EXERCÍCIO ATUAL DO CARGO DE PROCURADOR JURÍDICO MUNICIPAL. APURAÇÃO DE IRREGULARIDADE NO ATO DE APOSENTADORIA. INSTAURAÇÃO DO REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. Somente após a fase instrutória – onde são apurados os fatos, com a colheita das provas pertinentes – se mostra necessária a descrição pormenorizada do fato ilícito, assim como a sua devida tipificação, procedendo-se, conforme à hipótese, ao indiciamento. Assim, a portaria inaugural, bem como a notificação inicial, prescindem de minuciosa descrição dos fatos imputados. Precedentes.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 23274/MT - 2006/0268798-1. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 18/11/2010, publicado em 13/12/2010)*
>
> *EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PORTARIA INAUGURAL. DESCRIÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO RELATIVO AO DOLO OU À CULPA QUANDO DA PRÁTICA DA CONDUTA FUNCIONAL. DESNECESSIDADE. SERVENTUÁRIA DA JUSTIÇA. LEI DE REGÊNCIA DO PROCESSO DISCIPLINAR. CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO E DIVISÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO E ACÓRDÃO Nº 7.556, DO CONSELHO DE MAGISTRATURA. LEI ESTADUAL Nº 6.174/70. APLICAÇÃO ANALÓGICA. IMPOSSIBILIDADE. 1. É firme o entendimento nesta Corte Superior de Justiça no sentido de que a portaria de instauração do processo disciplinar prescinde de minuciosa descrição dos fatos imputados, sendo certo que, tão somente, na fase seguinte o termo de indiciamento que se faz necessário especificar detalhadamente a descrição e a apuração dos fatos. Com maior razão, portanto, não implica em nulidade a ausência de descrição dos elementos relativos à culpa ou ao dolo quando da prática da conduta infracional.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 24138/PR - 2007/0107695-0. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 6/10/2009, publicado em 3/11/2009)*

> *EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INCRA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO. REQUISITOS. COMISSÃO DISCIPLINAR. INTEGRANTE DE OUTRA ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. Não se exige, na portaria de instauração de processo disciplinar, descrição detalhada dos fatos investigados, sendo considerada suficiente a delimitação do objeto do processo pela referência a categorias de atos possivelmente relacionados a irregularidades.*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RMS nº 25.105-4/DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 23/5/2006)*
>
> *EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE. NULIDADES. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. COMISSÃO DISCIPLINAR. ART. 149 DA LEI Nº 8.112/90. PORTARIA INAUGURAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. "WRIT" IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ORDEM DENEGADA. III – Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a portaria de instauração do processo disciplinar prescinde de minuciosa descrição dos fatos imputados, sendo certo que a exposição pormenorizada dos acontecimentos se mostra necessária somente quando do indiciamento do servidor. Precedentes. IV - Aplicável o princípio do "pas de nullité sans grief", pois a nulidade de ato processual exige a respectiva comprovação de prejuízo. In casu, a servidora teve pleno conhecimento dos motivos ensejadores da instauração do processo disciplinar. Houve, também, farta comprovação do respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, ocasião em que a indiciada pôde apresentar defesa escrita e produzir provas.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 8834/DF - 2002/0175923-7. Relator: Ministro Gilson Dipp, julgado em 9/4/2003, publicado em 28/4/2003)*

Tal orientação tem sido reiterada nos vários julgados do STJ: MS 13188/DF, 13763/DF, 12927/DF, RMS 22128/MT, MS 14836/DF, MS 12457/DF, 23274/MT, MS 14578/DF, MS 13518/DF, RMS 22134/DF, AgRG no REsp 901622/DF.

Mauro R. G. de Mattos resume da seguinte forma a composição de uma portaria inaugural[66]:

> *Desse modo, posiciona-se a Administração Pública no sentido de que a Portaria inaugural do processo administrativo disciplinar poderá ser lacunosa, informando apenas o número do processo, com a narrativa sumária dos fatos, sem nominar o servidor investigado, bem como sem a descrição circunstanciada e detalhada da infração disciplinar cuja prática é imputada ao servidor público acusado, com a respectiva definição jurídica, ou seja, a atribuição da sua exata qualificação jurídico-disciplinar (tipicidade), além de outros requisitos legais.*

Em suma, não é demais ressaltar que na portaria inaugural deve a especificação dos fatos (irregularidade) se dar por meio de menção ao processo ou documento que ensejou sua abertura.

9.5.2. Publicação da portaria

A Portaria de instauração, como regra, deverá ser publicada no Boletim Interno (Boletim de Serviço ou no Boletim de Pessoal) do órgão instaurador . Após, recomenda-se juntar aos autos a cópia dessa publicação.

A publicação da portaria no Diário Oficial da União é recomendada nas hipóteses de se ter o apuratório transcorrendo fora do órgão instaurador ou envolvendo servidores de diferentes órgãos ou Ministérios, quando a portaria será ministerial ou interministerial, a depender do caso.

Nesse sentido, destacam-se as previsões contidas na Portaria nº 283, de 2 de outubro de 2018, que dispõe sobre normas para publicação e pagamento de atos no Diário Oficial da União.

66 MATTOS, 2010, p. 582.

PORTARIA Nº 283, DE 2 DE OUTUBRO DE 2018

(...)

Atos da Seção 2

Art. 4º São publicados na Seção 2 do Diário Oficial da União os atos relativos a pessoal da União, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, cuja publicação decorra de disposição legal.

(...)

Vedação

Art. 8º É vedada a publicação no Diário Oficial da União de:

I - atos de caráter interno ou que não sejam de interesse geral;

II - atos concernentes à vida funcional dos servidores dos Poderes da União, que não se enquadrem nos termos do art. 4º desta portaria, incluindo-se:

i) designação de grupos de trabalho, salvo se interpoderes, interministerial, entre ministérios e órgãos vinculados, entre ministérios e suas extensões regionais, ou se composto por membros sem vínculo com a Administração Pública;

j) designação de comissões de constituição ou atuação interna;

No que se refere às arguições de vícios por ausência de publicação no Diário Oficial da União, o STJ entende que uma vez que a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar seja publicada no Boletim de Serviço, o princípio constitucional da publicidade não será violado. Ademais, a Lei nº 8.112/90, em seu artigo 151, I, ao dispor sobre a publicação do ato que constitui a comissão processante, não exige a publicação da portaria instauradora no Diário Oficial.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. REGULARIDADE. COMISSÃO PROCESSANTE. COMPOSIÇÃO. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO. PUBLICAÇÃO EM BOLETIM DE SERVIÇO. NOME DOS INDICIADOS. PRÉVIA SINDICÂNCIA. DESNECESSIDADE. REEXAME DE PROVAS. MÉRITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. (…) 2. Conforme jurisprudência assentada, é legal a publicação do ato constitutivo da comissão disciplinar em boletim de serviço. (...)

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MS nº 9421/DF - 2003/0222784-3. Relator: Ministro Paulo Gallotti, julgado em 22/8/2007)

INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA DO STJ – INFORMATIVO 248.

MS. DEMISSÃO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. APRESENTAÇÃO. CARTEIRA FUNCIONAL EM PROVEITO PRÓPRIO. Trata-se de mandado de segurança contra portaria que demitiu motorista oficial do Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça por ter infringido o art. 117, IX, da Lei n. 8.112/1990 (…). Outrossim, não constitui ilegalidade a publicação do ato constitutivo da comissão de processo administrativo disciplinar em boletim de serviços em vez do Diário Oficial da União. E ainda, para uma eventual nulidade de processo administrativo seria necessária a comprovação de prejuízo, o que não ocorreu nesse caso a justificar o mandamus. Ressalvou-se, entretanto, que ao impetrante cabe direito ao acesso às vias ordinárias. Precedentes citados: MS 7.863-DF, DJ 16/12/2002; MS 7.370-DF, DJ 24/9/2001; MS 6.853-DF, DJ 2/2/2004; MS 7.351-DF, DJ 18/6/2001, e MS 7.157-DF, DJ 10/3/2003.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, MS nº 10.055/DF. Relator: Ministro Gilson Dipp, julgado em 25/5/2005)

Saliente-se que as páginas de internet de órgãos e entidades não reúnem as características de certeza, precisão e autenticidade suficientes para se enquadrar como fonte documental, por isso não podem substituir a publicação do ato instaurador no Diário Oficial da União ou no Boletim Interno.[67]

Necessário enfatizar que os trabalhos da comissão somente poderão ser iniciados a partir da data da publicação da portaria designadora da respectiva comissão, sob pena de nulidade dos atos praticados antes desse evento.

Da mesma forma, os prazos da comissão começam a correr com a publicação da portaria inaugural, nos termos já referidos anteriormente, no que diz respeito à forma de contagem.

> *PARECER-AGU Nº GQ-87 – 7. A Lei nº 8.112, de 1990, art. 152, considera a publicação do ato de designação da comissão de inquérito como sendo o marco inicial do curso do prazo de apuração dos trabalhos, porém não exige que seja feita no Diário Oficial; é acorde com o preceptivo a divulgação desse ato em boletim interno ou de serviço.*

Assim, atendendo ao princípio da publicidade, expresso no art. 37, caput, da CF, a portaria será publicada no órgão de divulgação da repartição, devendo o acusado tomar conhecimento da instauração do processo disciplinar por meio de notificação, visando a resguardar o direito da ampla defesa e do contraditório, garantido no art. 5º, LV, da Constituição Federal, e arts. 153 e 156 da Lei nº 8.112/90.

Portanto, especial atenção deve ser dada para a efetiva publicação de portarias de instauração, prorrogação e recondução de procedimentos disciplinares, evitando que atos sejam praticados sem a sua cobertura. Após a publicação, deve-se cuidar para que cópias sejam juntadas aos autos, em ordem cronológica, de modo a evitar dúvidas sobre o amparo legal dos feitos do processo.

Por fim, conforme sugestão das autoras Adriane de A. Lins e Debora Vasti S. B. Denys, quando da análise do aspecto formal do processo, as portarias de instauração, prorrogação e continuidade devem ser verificadas, observando que[68]:

a) a portaria inaugural tem que conter todos os requisitos essenciais para sua validade;

b) a prorrogação da portaria inaugural tem que ocorrer, preferencialmente, dentro do prazo vigente;

c) os atos praticados na vacância entre uma comissão e a comissão seguinte, instaurada com o fim de dar continuidade aos trabalhos da anterior, são nulos, uma vez que não há comissão formalmente constituída; e

d) o relatório final e o encerramento dos trabalhos da comissão têm que ocorrer dentro do prazo da comissão.

9.5.3. Alcance dos trabalhos da comissão

A Portaria delimita o alcance das acusações, devendo a comissão ater-se aos fatos ali descritos. Todavia, não há impedimento para o alcance de outros fatos quando estes forem vinculados com as irregularidades descritas na Portaria.

Os fatos novos que não tenham relação direta com os que motivaram a instauração do processo disciplinar devem ser objeto de apuração isolada, em outro procedimento. Essa é a orientação exarada pelo STJ:

> *EMENTA: ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - TITULAR DE CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - PENA DE SUSPENSÃO - APURAÇÃO DE NOVAS FALTAS DISCIPLINARES - NOVO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - PENA DE DEMISSÃO - VALIDADE - RETORNO ÀS FUNÇÕES - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. (…) 3 - Ademais, se na investigação dos fatos ensejadores do*

67 Conforme Parecer nº 17/2019/CONJUR-CGU/CGU/AGU (Processo SEI nº 00190.105057/2018-41).

68 LINS, 2007, p. 106.

Procedimento Administrativo que resultou na suspensão do recorrente foram apuradas outras faltas disciplinares, possível é a instauração de novo Processo Disciplinar. Com efeito, não há como sustentar a afronta à Súmula 19/STF, pois os processos versaram sobre fatos distintos. Assim, a pena decorrente do segundo procedimento, qual seja, a de demissão, é válida. Ausência de liquidez e certeza a amparar o alegado direito do recorrente de retorno às suas funções.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RMS nº 14.117-SP - 2001/0189677-6. Relator: Ministro Jorge Scartezzini, julgado em 14/10/2003, publicado em 19/12/2003)

9.6. COMISSÃO DE INQUÉRITO

9.6.1. Constituição da comissão de inquérito

Dando início aos trabalhos, o processo administrativo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente (instauradora), que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do (s) acusado (s) (art. 149 da lei nº 8.112/90).

A comissão disciplinar é considerada designada com a publicação da portaria inaugural, ou seja, a mesma portaria de instauração do feito disciplinar. A partir daí a comissão passa a existir e o prazo começa a correr.

Adriane de A. Lins e Débora V. S. B. Denys enfatizam que:

> *A composição da comissão também é requisito essencial para a validade da portaria inaugural, considerando que as Comissões de Processo Disciplinar e de Sindicância Punitiva têm que ser composta por 'três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo, superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado", conforme preceitua o art. 149 da Lei nº 8.112/90.*[69]

Abaixo, acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

> *ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMISSÃO DISCIPLINAR. FORMAÇÃO. SERVIDORES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. LEGALIDADE. INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS EM OUTRO ESTADO. PAGAMENTO DE DIÁRIAS E DESPESAS AO INVESTIGADO E SEU DEFENSOR. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À AMPLA DEFESA. DENEGAÇÃO DE OITIVA DE TESTEMUNHA ARROLADA PELA DEFESA. NÃO OFENSA AO CONTRADITÓRIO; EXCESSO DE PRAZO PARA CONCLUSÃO DO PAD. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.*
>
> *1. Nos termos do art. 143, §3º, e 149 da Lei n.º 8.112/90, os requisitos para a regularidade da formação da comissão processante são apenas a (i) estabilidade dos seus membros, (ii) a compatibilidade do seu grau de escolaridade e (iii) a sua designação pela autoridade competente, podendo os fatos a serem investigados ter ocorrido tanto no próprio Estado em que trabalham ou quanto em outro Estado em que o órgão ou entidade tenha representação.*
>
> *(BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região – AGTR 64934-PE - 2005.05.00.036436-8. Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt, julgado em 24/3/2009)*

9.6.2. Competência para designação dos membros da comissão de inquérito

O ato de nomeação dos membros da comissão é de competência da autoridade administrativa instauradora do processo administrativo disciplinar, conforme devidamente assentado pelo STF:

69 LINS, 2007, p. 229.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INCRA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO. REQUISITOS. COMISSÃO DISCIPLINAR. INTEGRANTE DE OUTRA ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. (...) Entende-se que, para os efeitos do art. 143 da Lei 8.112/1990, insere-se na competência da autoridade responsável pela instauração do processo a indicação de integrantes da comissão disciplinar, ainda que um deles integre o quadro de um outro órgão da administração federal, desde que essa indicação tenha tido a anuência do órgão de origem do servidor.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RMS nº 25.105-4/DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 23/5/2006, publicado em 20/10/2006)

A comissão designada pela autoridade instauradora é o instrumento legalmente competente para conduzir o apuratório na segunda fase do processo disciplinar, denominada inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório (art. 151, II, Lei nº 8.112/90).

As comissões de processo disciplinar são autônomas e independentes, sendo vinculadas, apenas no que tange aos aspectos gerenciais, às suas respectivas autoridades instauradoras. Dessa forma, a autoridade que instaura o procedimento correcional não deve exercer qualquer influência no andamento dos trabalhos e nas conclusões do colegiado, o qual deverá ter a liberdade necessária para apresentar, ao final do processo, suas próprias convicções acerca do caso.

Não obstante, admite-se o acesso aos autos do processo disciplinar, documentos e informações, a autoridade instauradora, seu substituto eventual, e demais agentes públicos que atuam como *longa manus* daquela no tratamento dessas informações, inclusive registros nos sistemas correcionais CGUPAD/CGU-PJ no âmbito do respectivo ministério, órgão ou entidade[70].

Pode, ainda, a autoridade instauradora solicitar relatórios genéricos das atividades executadas pela comissão de forma a verificar o regular e bom andamento dos trabalhos, especialmente quando da formulação de pedidos de eventuais prorrogações de prazo/recondução dos trabalhos.

Ademais, ressalte-se que a autoridade instauradora deve providenciar local condigno para a comissão desenvolver seus trabalhos, bem como fornecer recursos humanos e materiais necessários ao desempenho de suas atividades.

9.6.3. Estabilidade dos integrantes da comissão

Não podem integrar as comissões de processo administrativo disciplinar e sindicância punitiva/acusatória os servidores que não tenham estabilidade no serviço público, sob pena de se ter declarada a nulidade da portaria inaugural e, consequentemente, de todos os atos subsequentes, o que implicaria na necessidade de repetição, por nova comissão de inquérito, dos atos praticados na vigência da comissão anulada.

Portanto, um dos requisitos legais exigidos para que o servidor integre essas comissões é a estabilidade, garantia conferida pelo art. 41, da Constituição Federal, um atributo pessoal do servidor, resultante de: a) nomeação em caráter efetivo, em decorrência de concurso público, após ter cumprido o estágio probatório no cargo de ingresso nos quadros federais; ou b) ter cinco anos de exercício em 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal[71].

O caráter efetivo que se requer do ocupante de cargo público, é o que se opõe ao provimento em comissão, para cargos de confiança de livre nomeação, exonerável *ad nutum*.

70 Vide Nota Técnica nº 324/2020/CGUNE/CRG, disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/44051/11/Nota_Tecnica_324_2020.pdf

71 CF, ADCT – Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

Reforçando as afirmações acima, Maria S. Z. Di Pietro alega que "... tem-se entendido, inclusive na jurisprudência, que os integrantes da comissão devem ser funcionários estáveis e não interinos ou exoneráveis *ad nutum*".[72]

Nesse sentido, Adriane de A. Lins e Débora V. S. B. Denys comentam a importância do requisito da estabilidade com o seguinte exemplo: "Se uma comissão de processo disciplinar ou de sindicância punitiva for composta por dois membros estáveis, e um membro instável, a portaria instauradora dessa comissão é nula, já que não observou um requisito formal essencial para a validade do ato"[73].

Da mesma forma, firmando a necessária estabilidade dos integrantes da comissão, a Nota Decor/CGU/AGU Nº 306/2007-PCN, assim estabelece:

> *PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE. PARTICIPAÇÃO DE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO SEM ESTABILIDADE. NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 167/2005-ACMG E A INFORMAÇÃO Nº 244/2006-CGAU/AGU. LEI Nº 8.112/90, ART. 149. DIVERGÊNCIA. 1. O entendimento firmado na aludida Nota é que, de acordo com o art. 149 da Lei nº 8.112/90 resta prejudicada não somente a liberação de servidora como também os trabalhos anteriormente efetuados no processo disciplinar em razão de sua não estabilidade no cargo que ocupa. 2. Em sentido oposto, a Corregedoria-Geral, por meio da referida Informação, entende que o Processo Administrativo Disciplinar só é anulado quando há ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. 3. Prevalece o disposto na NOTA DECOR/CGU/AGU Nº 167/2005, ou seja, a comissão processante deverá ser composta por servidores estáveis a teor do que dispõe o já referido art. 149 da Lei nº 8.112/90, e também do que impera na jurisprudência do STJ (RMS 6007/DF), sob pena de nulidade do procedimento administrativo disciplinar.*

O STJ assentando jurisprudência quanto à nulidade de processo administrativo disciplinar composto ou presidido por funcionário não estável, assim proferiu:

> *EMENTA. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MÉRITO ADMINISTRATIVO. REAPRECIAÇÃO. LEGALIDADE. SANÇÃO DISCIPLINAR. APLICAÇÃO. ASPECTO DISCRICIONÁRIO. INEXISTÊNCIA. COMISSÃO DISCIPLINAR. INTEGRANTE. SERVIDOR PÚBLICO NÃO ESTÁVEL. NULIDADE. I - Descabido o argumento de impossibilidade de reapreciação do mérito administrativo pelo Poder Judiciário no caso em apreço, pois a questão posta diz respeito exclusivamente a vício de regularidade formal do procedimento disciplinar, qual seja, defeito na composição da comissão processante. (...)*
>
> *III - É nulo o processo administrativo disciplinar cuja comissão processante é integrada por servidor não estável (art. 149, caput, da Lei n. 8.112/90). Ordem concedida.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 12.636/DF - 2007/0031419-4. Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 27/8/2008, publicado em 23/9/2008)*
>
> *ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO.*
>
> *É nulo o processo administrativo disciplinar cuja comissão processante é composta por servidor não estável. Precedentes - Recurso provido.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 10.392/PE - 1995/0034947-7. Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 9/12/1997, publicado em 18/10/1999)*

Há que se mencionar, porém, decisão do STF, em caso concreto, que relativizou a nulidade pela não estabilidade e não a decretou, mantendo a integridade do processo, conforme se lê:

> *EMENTA: Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Alegação de descumprimento de decisão proferida no MS nº 2009.34.00.037833-8. Não ocorrência. Processo disciplinar. Comissão processante. Participação de servidor não estável. Ausência de comprovação de*

72 DI PIETRO, 2006, p. 635.

73 LINS, 2007, p. 229.

eventual prejuízo. Essencialidade da demonstração de prejuízo concreto para o reconhecimento da nulidade do ato. Princípio do pas de nullité sans grief. Precedentes. Agravo regimental não provido.

VOTO: [...] Assim, no que diz respeito a argumentação de que a comissão integrada por servidor não estável praticou ato relevante no processo administrativo, incluindo como acusado Jorge Alberto Girão de Souza Barros, agravante nos presentes autos, refuto, novamente, a tese, reiterando, conforme consignado na decisão agravada, que o referido servidor adquiriu estabilidade 15 dias após a instauração da comissão sindicante, não tendo praticado ato de instrução processual antes disso. Ademais, não houve demonstração pelos agravantes de prejuízo à instrução de seu processo disciplinar pelo fato de servidor que integrou a comissão processante ter adquirido a estabilidade funcional alguns dias após a instauração daquela.

Segundo o princípio do pas de nullité sans grief, o reconhecimento de nulidade exige a demonstração de prejuízo. Essa regra, ressalte-se, foi plenamente recebida no âmbito do direito administrativo (inclusive em sua vertente disciplinar). Sobre o tema, Marçal Justen Filho assinala que

"[a] nulidade deriva da incompatibilidade do ato concreto com valores jurídicos relevantes. Se certo ato concreto realiza os valores, ainda que por vias indiretas, não pode receber tratamento jurídico equivalente ao reservado para atos reprováveis. Se um ato, apesar de não ser o adequado, realizar as finalidades legítimas, não pode ser equiparado a um ato cuja prática reprovável deve ser banida. A nulidade consiste num defeito complexo, formado pela (a) discordância formal com um modelo normativo e que é (b) instrumento de infração aos valores consagrados pelo direito. De modo que, se não houver a consumação do efeito (lesão a um interesse protegido juridicamente), não se configurará invalidade jurídica. Aliás, a doutrina do direito administrativo intuiu essa necessidade, afirmando o postulado de pas de nullité sans grief (não há nulidade sem dano)" (JUSTEM FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 323/324).

Esta Corte, inclusive, já decidiu inúmeras vezes pela aplicação do princípio em tela aos processos disciplinares, mesmo em casos de nulidade absoluta. Vide: "DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não é impedido para integrar a Comissão de processo administrativo disciplinar servidor que tenha atuado na investigação judicial ou administrativa de possíveis fatos tidos por irregulares (MS nº 21.330/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão). 2. É consolidado, também, o entendimento de que o indeferimento fundamentado do pedido de produção de provas consideradas impertinentes, em processo administrativo disciplinar, não caracteriza cerceamento de defesa (RMS 30.881, Rel. Min. Cármen Lúcia e RMS 24.194, Rel. Min. Luiz Fux). 3. Conforme o princípio pas de nulitté sans grief, é necessária demonstração de prejuízo acerca das nulidades suscitadas, o que não ocorreu no caso em exame. 4. Agravo a que se nega provimento por manifesta improcedência, com aplicação de multa no valor de dois salários mínimos, ficando a interposição de qualquer recurso condicionada ao prévio depósito do referido valor, em caso de decisão unânime (CPC/2015, art. 1.021, §§ 4º e 5º, c/c art. 81, § 2º)" (RMS 28.490/DF-AgR, Relator o Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 24/8/17).

"Agravo regimental em mandado de segurança. Ato do Conselho Nacional de Justiça. 2. Competência originária e concorrente do CNJ para apreciar, até mesmo de ofício, a legalidade dos atos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, bem como para rever os processos disciplinares contra juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano (art. 103-B, § 4º, da CF). Precedente: ADI4638-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 30/10/2014. 3. Instauração, de ofício, de processo de revisão disciplinar. Aplicação da pena mais gravosa de aposentadoria compulsória do magistrado. Possibilidade. Sobreposições de sanções administrativas. Inocorrência. 3. Falta de intimação pessoal do impetrante para a sessão de julgamento do REVDIS. Ausência de nulidade, caso não demonstrado prejuízo à defesa. Precedentes. 4. Plena participação do impetrante nos atos processuais. Inexistência de afronta à garantia do contraditório e da ampla defesa. 5. Dosagem e proporcionalidade da sanção aplicada. Necessidade de reexame de fatos e provas do processo de revisão disciplinar. Impossibilidade em sede de mandado de segurança. 6. Agravo regimental a que se nega provimento" (MS 32581/DF-AgR, Relator o Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe de 1/4/16).

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RMS 35.056/DF-AgR. Relator: Dias Toffoli, DJe de 18/12/17)

É importante ter em conta, porém, que este entendimento do STF ficou circunscrito às peculiaridades do caso concreto (por exemplo, tempo de duração da não estabilidade e atos instrutórios produzidos neste período), não devendo ser utilizado como "salvo-conduto" para a composição inadequada das comissões, afinal, a estabilidade é um requisito previsto expressamente na lei.

9.6.4. Pré-requisitos do presidente da comissão

No momento da composição da comissão de PAD ou de sindicância acusatória devem ser observadas as regras positivadas no art. 149 da Lei nº 8.112/90, que exige a condução do processo por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, sendo que dentre eles, apenas o presidente precisa ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do acusado.

Nessa orientação, atente-se ao julgado do STJ:

> *EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE. NULIDADES. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. COMISSÃO DISCIPLINAR. ART. 149 DA LEI Nº 8.112/90. PORTARIA INAUGURAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. "WRIT" IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ORDEM DENEGADA. (...) II – O artigo 149 da Lei 8.112/90 é claro ao exigir que somente o Presidente da Comissão Disciplinar deverá ocupar cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. No caso em questão, o Presidente da Comissão atendeu ao comando legal. O fato de haver servidor ocupante de cargo médio não maculou a portaria de instauração do processo administrativo. (...)*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 2002/0175923-7. Relator: Ministro Gilson Dipp, julgado em 9/4/2003, publicado em 28/4/2003)*

Acrescentem-se, também, os ensinamentos de Francisco Xavier da Silva Guimarães e acórdão do STJ, quanto à definição de nível de escolaridade exigida, o qual não leva em consideração os cursos de aperfeiçoamento, de extensão e de especialização:

> *"No tocante ao nível de escolaridade que a lei, agora, passa a exigir como requisito alternativo para o servidor presidir comissão de processo disciplinar, há de ser entendido o alcançado pela conclusão de cursos regulares (1º, 2º, 3º graus, ou seja, fundamental, médio e superior), não sendo levado em consideração, portanto, os cursos de aperfeiçoamento, os de extensão universitária, como mestrado, doutorado ou os de especialização, que apenas qualificam, aprimoram e enriquecem o conhecimento, sem, todavia elevar ou interferir no nível de escolaridade"*[74].
>
> *Voto. 9. (...) Todos os três membros da comissão Processante também ocupam cargos que exigem 3º grau completo (...) sendo dois Assistentes Jurídicos e um Administrador. 10. A circunstância de um (ou alguns) dos impetrantes possuir pós-graduação na respectiva área (...) não provoca qualquer alteração no aspecto do cargo ocupado, que é o que interessa para os efeitos do art. 149 da lei nº 8.112/90, que continua sendo o de professor, no mesmo nível hierárquico, portanto, dos cargos de assistente jurídico e administrador, todos restritos aos que possuem terceiro grau completo.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 5636/DF)*

Demais julgados sobre o assunto: Mandados de Segurança nº 9.421 – DF (2003/0222784-3); Recurso Especial nº 152.224-Paraíba (1997/0074907-0); Mandado de Segurança nº 5636-DF (reg. 98/0006309-9).

Outrossim, julgado do STJ em que se declara a não verificação de irregularidade na substituição da presidência da comissão, pois se manteve os requisitos exigidos no art. 149 da Lei nº 8.112/90.

74 GUIMARÃES, 2006, p. 108.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL EXTINTA SUDAM. DEMISSÃO. COMPETÊNCIA DO MINISTRO DE ESTADO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE QUALQUER VÍCIO CAPAZ DE MACULAR O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR QUE RESULTOU A DEMISSÃO DO IMPETRANTE. (...) 2. A alteração no comando dos trabalhos da comissão processante não importou em qualquer irregularidade, porquanto, a teor do art. 149 da Lei nº 8.112/90, o colegiado permanecia composto por servidores estáveis, cujo presidente ocupava cargo de nível igual ou superior ao impetrante. (...)

(BRASIL: Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 8.213/DF, 2002/0021576-8, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 15/12/2008, publicado em 19/12/2008)

Outra observação a fazer sobre este tema e que Marcos Salles Teixeira ressalta é transcrito logo abaixo:

Pode, por exemplo, um servidor detentor de cargo de nível superior e posicionado no padrão inicial da primeira classe presidir comissão em que o acusado seja detentor também de cargo de nível superior e posicionado no mais alto padrão da última classe. Tampouco a complexidade das atribuições do cargo se reflete nessa condição legal.[75]

Dessa forma, diante do exposto, é recomendável que, no momento da designação das comissões, tenha-se especial cuidado quanto à observância aos requisitos exigidos no artigo 149 da Lei nº 8.112/90, a fim de se evitar posteriormente qualquer possibilidade de arguição de nulidade em processo disciplinar, tendo em vista os recentes julgados dos Tribunais Superiores.

Enfim, lembre-se que os membros integrantes da comissão disciplinar também devem preencher exigências, ou seja, pré-requisitos para poderem ser nomeados.

9.6.5. Qualificações pessoais dos integrantes da comissão de inquérito

Sobre o assunto, como mera recomendação, não exigida em lei, o Parecer-AGU nº GQ-12, vinculante, opinou que:

São meras qualidades pessoais que devem possuir os servidores a serem designados para compor a comissão, prescindindo de autorização de lei, nesse sentido.

Da mesma forma, estabelecem os ensinamentos do Adriane de A. Lins e Débora V. S. B. Denys: "Ressaltamos que o servidor que integrará uma comissão de PAD, na condição de membro, deverá preencher os requisitos legais, bem como ter o perfil ideal para o caso concreto (bom senso + conhecimento técnico + experiência + capacitação)[76].

Diante desse contexto, com o objetivo de assegurar uma adequada composição das comissões disciplinares com servidores qualificados e capacitados para bem conduzir os processos disciplinares, sugere-se aos órgãos e entidades públicas que incentivem seus servidores a participarem de treinamentos em processo administrativo disciplinar, tendo como uma das opções os programas de capacitação oferecidos pela CGU, favorecendo-se assim a formação de um maior número de servidores para o desempenho de atividades disciplinares.

9.6.6. Designação de servidores

Para compor a comissão de inquérito devem ser designados servidores da unidade onde tenham ocorrido as irregularidades que devam ser apuradas, exceto quando motivos relevantes recomendem a designação de servidores de outros órgãos.

A designação de servidores de outro órgão para integrar comissão de inquérito deverá ser precedida de prévia autorização da autoridade a que estiverem subordinados.

75 TEIXEIRA, 2020, p. 1618

76 Lins, 2007 p. 36.

Observe-se que a Lei nº 8.112/90 não definiu que os integrantes da comissão disciplinar sejam do mesmo órgão e sede do acusado. Nesse sentido, no que se refere a questionamento de irregularidade na composição da comissão, cujo presidente teria sido nomeado "fora da área de competência do signatário da portaria", o STF proferiu a seguinte orientação:

> *EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INCRA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PORTARIA DE INSTAURAÇÃO. REQUISITOS. COMISSÃO DISCIPLINAR. INTEGRANTE DE OUTRA ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. (…) Entende-se que, para os efeitos do art. 143 da Lei nº 8.112/1990, insere-se na competência da autoridade responsável pela instauração do processo a indicação de integrantes da comissão disciplinar, ainda que um deles integre o quadro de um outro órgão da administração federal, desde que essa indicação tenha tido a anuência do órgão de origem do servidor".*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RMS nº 25.105-4/DF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 23/5/2006, publicado em 20/10/2006)*

Explicitando o assunto, o voto do Ministro Joaquim Barbosa assim estabelece:

> *Na ausência de disposição legal que restrinja o campo de escolha da autoridade competente para a formação da comissão – pois, nos termos do art. 149, tanto na redação anterior como na atual, não há obrigatoriedade de serem os integrantes da comissão todos pertencentes ao mesmo órgão de lotação dos acusados –, não é de se presumir, como afirmam os recorrentes, a vedação de outras opções não expressamente previstas (designação de servidores de outros órgãos). Na verdade, a interpretação correta é a de que a lei deixou ao administrador margem de escolha dentro de um universo a priori não definido, mas definível (servidores estáveis).*

Observe que o STJ, também, já vinha se manifestando nesse sentido:

> *EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE. NULIDADES. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. COMISSÃO DISCIPLINAR. ART. 149 DA LEI Nº 8.112/90. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. "WRIT" IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ORDEM DENEGADA. (...) III – O art. 149 da Lei nº 8.112/90 exige a condução do processo disciplinar por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, sendo certo que dentre eles, apenas o presidente deve ser ocupante de cargo efetivo de superior ou de mesmo nível hierárquico, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.* ***Ademais, não há qualquer vedação legal relativa à participação de servidor de outro órgão na referida Comissão.*** *(...) VII - Ordem denegada.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 6078/DF - 1998/0093552-5. Relator: Ministro Gilson Dipp, julgado em 9/4/2003, publicado em 28/4/2003)*

9.6.7. Designação do secretário

A comissão terá como secretário servidor designado pelo seu presidente, podendo a indicação recair em um de seus membros (§ 1º do art. 149 da Lei nº 8.112/90).

Caso seja escolhida pessoa estranha à comissão, deverá o seu presidente, antes da indicação, solicitar permissão ao chefe imediato do servidor a ser designado.

A designação de secretário externo à comissão pode ser feita por simples termo de compromisso nos autos do processo disciplinar; sendo um dos membros, a designação em ata deliberativa é suficiente.

9.6.8. Início dos trabalhos da comissão

Os trabalhos da comissão somente poderão ser iniciados a partir da data da publicação da portaria designadora da respectiva comissão, sob pena de nulidade dos atos praticados antes desse evento (art. 152 da Lei nº 8.112/90).

As reuniões e audiências das comissões terão caráter reservado (parágrafo único do art. 150 da Lei nº 8.112/90).

A comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da Administração (art. 150 da Lei nº 8.112/90).

9.6.9. Atribuições dos integrantes da comissão

Ressalte-se que dentro da comissão não existe relação de hierarquia, ***tampouco coordenação do desenvolvimento dos trabalhos da apuração sob responsabilidade exclusiva do presidente da comissão***, tanto que os votos dos três integrantes têm o mesmo valor, mas apenas uma distribuição não rigorosa de atribuições e uma reserva de competência de determinados atos ao presidente.

De acordo com o voto do Ministro relator Joaquim Barbosa, constante do RMS 25.105/DF:

> *(...)as atribuições dos membros de comissão de processo administrativo disciplinar não se inserem no rol de competência de nenhum cargo específico. Ser membro de comissão de processo administrativo não é cargo nem função. Certamente é atribuição legal excepcionalmente conferida na esfera de atribuições de servidores estáveis, que, ao integrarem a comissão, não se afastam de seus cargos nem de suas funções. Tanto é assim que o art. 152, § 1º, da Lei 8.112/1990, dispõe: 'Sempre que necessário, a comissão dedicará tempo integral aos seus trabalhos, ficando seus membros dispensados do ponto, até a entrega do relatório final'.*

Assim, de forma genérica, abaixo, apresentam-se as atribuições de cada integrante da comissão, retiradas das lições de Francisco Xavier da Silva Guimarães[77]:

> ***Atribuições do presidente da comissão***
>
> *1. Receber o ato de designação da comissão incumbida da sindicância ou do processo disciplinar, tomando conhecimento do teor da denúncia e ciência da sua designação, por escrito. Providenciar o local dos trabalhos e a instalação da comissão.*
>
> *2. Verificar se não ocorre algum impedimento ou suspeição quanto aos membros da comissão (§ 2º, do art. 149 da Lei nº 8.112/90).*
>
> *3. Se for o caso, após a ciência da designação, formular expressa recusa à incumbência, indicando o motivo impeditivo de um ou de todos os membros (§ 2º, do art. 149 da Lei nº 8.112/90).*
>
> *4. Verificar se a portaria está correta e perfeita, sem vício que a inquine de nulidade.*
>
> *5. Providenciar para que a autoridade determinadora da instauração de procedimento disciplinar, por despacho, faça constar que os membros da comissão dedicar-se-ão às apurações, com ou sem prejuízo das suas funções normais, em suas respectivas sedes de exercício (§ 1º, do art. 149 da Lei nº 8.112/90).*
>
> *6. Formalizar a designação do secretário.*
>
> *7. Verificar se foi lavrado o termo de compromisso de fidelidade do secretário.*
>
> *8. Notificar o acusado para conhecer a acusação, as diligências programadas e acompanhar o procedimento disciplinar (arts. 153 e 156 da Lei nº 8.112/90).*

77 GUIMARÃES, 2006, p. 119 a 123.

9. Intimar, se necessário, o denunciante para ratificar a denúncia e oferecer os esclarecimentos adicionais.

10. Intimar as testemunhas para prestarem depoimento.

11. Intimar o acusado para especificar provas, apresentar rol de testemunhas e submeter-se a interrogatório (art. 159).

12. Citar o indiciado, após a lavratura do respectivo termo de indiciamento para oferecer defesa escrita (art. 161 e seus parágrafos da Lei nº 8.112/90).

13. Exigir e conferir o instrumento de mandato, quando exibido, observando se os poderes nele consignados são os adequados.

14. Providenciar para que sejam juntadas as provas consideradas relevantes pela comissão, assim como as requeridas pelo acusado e pelo denunciante.

15. Solicitar a nomeação de defensor dativo, após a lavratura do termo de revelia (§ 2º, do art. 164 da Lei nº 8.112/90).

16. Presidir e dirigir, pessoalmente, todos os trabalhos internos e os públicos da comissão e representá-la).

17. Qualificar, civil e funcionalmente, aqueles que forem convidados e intimados a depor.

18. Indagar, pessoalmente, do denunciante e das testemunhas, se existem impedimentos legais que os impossibilitem de participar no feito.

19. Compromissar os depoentes, na forma da lei, alertando-os sobre as normas legais que se aplicam aos que faltarem com a verdade, ou emitirem conceitos falsos sobre a questão.

20. Solicitar designação e requisitar técnicos ou peritos, quando necessário.

21. Assegurar ao servidor o acompanhamento do processo, pessoalmente ou por intermédio de procurador, bem assim a utilização dos meios e recursos admitidos em direito, para comprovar suas alegações (art. 156 da Lei nº 8.112/90).

22. Zelar pela concessão de vista final dos autos, na repartição, ao denunciado ou seu advogado, para apresentação de defesa escrita (§ 1º do art. 161 da Lei nº 8.112/90).

23. Obedecer, rigorosamente, os prazos legais vigentes, providenciando sua prorrogação, em tempo hábil, sempre que comprovadamente necessária (parágrafo único dos arts. 145 e 152 da Lei nº 8.112/90).

24. Tomar decisões de urgência, justificando-as perante os demais membros.

25. Reunir-se com os demais membros da comissão para a elaboração do relatório, com ou sem a declaração de voto em separado (§§ 1º e 2º, do art. 165 da Lei nº 8.112/90).

26. Zelar pela correta formalização dos procedimentos.

Atribuições dos membros da comissão

1. Tomar ciência, por escrito, da designação, juntamente com o presidente, aceitando a incumbência ou recusando-a com apresentação, também, por escrito, dos motivos impedientes.

2. Preparar, adequadamente, o local onde se instalarão os trabalhos da comissão.

3. Auxiliar, assistir e assessorar o presidente no que for solicitado ou se fizer necessário.

4. Guardar, em sigilo, tudo quanto for dito ou programado entre os sindicantes, no curso do processo (art. 150 da Lei nº 8.112/90).

5. Velar pela incomunicabilidade das testemunhas e pelo sigilo das declarações (§ 1º, do art. 158 da Lei nº 8.112/90).

6. Propor medidas no interesse dos trabalhos a comissão.

7. Reinquirir os depoentes sobre aspectos que não foram abrangidos pela arguição da presidência, ou que não foram perfeitamente claros nas declarações por eles prestadas.

8. Assinar os depoimentos prestados e juntados aos autos, nas vias originais e nas cópias.

9. Participar das deliberações e da elaboração do relatório, subscrevê-lo e, se for o caso, apresentar voto em separado.

Atribuições do secretário

1. Aceitar a designação, assinando o Termo de Compromisso (se não integrante da comissão apuradora), ou recusá-la, quando houver impedimento legal, declarando, por escrito, o motivo da recusa.

2. Atender às determinações do presidente e aos pedidos dos membros da comissão, desde que relacionados com a sindicância.

3. Preparar o local de trabalho e todo o material necessário e imprescindível às apurações.

4. Esmerar-se nos serviços de datilografia, evitando erros de grafismo ou mesmo de redação.

5. Proceder à montagem correta do processo, lavrando os termos de juntada, fazendo os apensamentos e desentranhamento de papéis ou documentos, sempre que autorizado pelo presidente.

6. Rubricar os depoimentos lavrados e datilografados.

7. Assinar todos os termos determinados pelo presidente.

8. Receber e expedir papéis e documentos, ofícios, requerimentos, memorandos e requisições referentes à sindicância.

9. Efetuar diligências pessoais e ligações telefônicas, quando determinadas pelo presidente.

10. Autuar, numerar e rubricar, uma a uma, as folhas do processo, bem como as suas respectivas cópias.

11. Juntar aos autos as vias dos mandados expedidos pela comissão, com o ciente do interessado, bem como os demais documentos determinados pelo presidente.

12. Ter sob sua guarda os documentos e papéis próprios da apuração.

13. Guardar sigilo e comportar-se com discrição e prudência.

9.6.10. Impedimento e suspeição dos membros integrantes da Comissão de Inquérito

A designação de servidor para integrar comissão de inquérito constitui encargo de natureza obrigatória, de cumprimento do dever funcional, exceto nos casos de suspeições e impedimentos legalmente admitidos.

Suspeições e impedimentos são circunstâncias de ordem legal, individual, íntima, de parentesco (consanguíneo ou afim) que, envolvendo a pessoa do acusado com os membros da comissão, testemunhas, peritos e autoridade julgadora, impossibilitam estes de exercerem qualquer função no respectivo procedimento disciplinar.

Para Pontes de Miranda, citado por Marcelo Neves[78], "Quem está sob suspeição está em situação de dúvida de outrem quanto ao seu bom procedimento. Quem está impedido está fora de dúvida, pela enorme probabilidade de ter influência maléfica para sua função".

78 NEVES, 2008.

Ademais, Antônio Carlos Alencar Carvalho ressalta o seguinte:

> *Autoridades e servidores impedidos ou suspeitos para exercerem suas atribuições, em virtude de ostentarem algum tipo de circunstância pessoal ou motivo que lhes subtraia a plena isenção para apreciar a responsabilidade disciplinar do acusado, seja com a tendência de inocentar ou de culpar imotivadamente, não podem compor comissões processantes ou sindicantes, nem instaurar ou julgar processos administrativos punitivos ou sindicâncias.*[79]

Note-se que os preceitos relativos ao regime do impedimento e suspeição estão intrinsecamente ligados ao princípio da imparcialidade no processo disciplinar. Para Iuri Mattos de Carvalho[80], a imparcialidade é uma exigência normativa em qualquer processo administrativo em sentido estrito. Todos os servidores competentes para instruir ou decidir o processo devem ser imparciais, sob pena de se tornarem incompetentes para atuar diante do caso concreto.

Assim, ao iniciar o processo disciplinar, já na primeira fase, é possível questionar a designação dos integrantes da comissão, o que poderá ser feito por meio das hipóteses legais de impedimento e suspeição.

9.6.10.1. Impedimento

O impedimento deriva de uma situação objetiva e gera presunção absoluta de parcialidade, não admitindo prova em contrário. Uma vez configurada uma das hipóteses de impedimento, não há possibilidade de refutação pelo próprio impedido ou pela autoridade a que se destina a alegação, devendo aquele se afastar ou ser afastado do processo. Portanto, o integrante da comissão fica proibido de atuar no processo, devendo obrigatoriamente comunicar o fato à autoridade instauradora.

Segundo José Armando da Costa[81], os impedimentos são arguíveis somente em relação aos membros da comissão e à autoridade julgadora, não obstante ser possível a eventual alegação de impedimento em relação também à autoridade instauradora.

O defeito provocado pelo impedimento sobrevive mesmo após a decisão final tomada, podendo ser alegado após a decisão ter sido ultimada.

Conforme Iuri Mattos de Carvalho[82], "Mesmo que a exceção não seja oposta, a incompetência persiste. Portanto, nos casos de impedimento, o agente administrativo deve ser reconhecido como absolutamente incompetente".

Assim, com o objetivo de assegurar a isenção e a imparcialidade da comissão nas apurações, a Lei nº 8.112/90 dispôs sobre o estado de quem, por união de fato ou de direito ou por relação de parentesco, até o terceiro grau, se acha impedido de ser designado para integrar procedimento apuratório de irregularidade (sindicância ou PAD) ocorrida no serviço público.

Nesse sentido, prescreve o art. 149, § 2º da Lei nº 8.112/90, que não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau (outros esclarecimentos sobre as relações de parentesco serão abordados no item 9.6.11).

Outra hipótese de impedimento para o integrante da comissão, constante nessa mesma Lei, pode ser a condição de não estabilidade no serviço público (art. 149 da Lei nº 8.112/90).

Portanto, servidores ocupantes exclusivos de cargo ou função de confiança, demissíveis *ad nutum*, não poderão compor a comissão de PAD ou sindicância acusatória por estarem na situação de impedidos.

79 CARVALHO, 2007.

80 FIGUEIREDO, 2009, p. 128.

81 COSTA, 2011, p. 192.

82 FIGUEIREDO, 2009, p. 129.

Ademais, complementando a Lei nº 8.112/90, em caráter subsidiário, o art. 18 da Lei nº 9.784/99 determinou que são circunstâncias configuradoras de impedimento para atuar em processo administrativo o servidor (membro integrante da CPAD) ou autoridade que:

a) tenha interesse direto ou indireto na matéria;

b) tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

c) esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Por conseguinte, a autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve, de ofício, independentemente de provocação do acusado, comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar no processo, sendo que a omissão no cumprimento do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares (art. 19 da Lei nº 9.784/99). Deve-se alertar que, em regra, a alegação de impedimento não interrompe o andamento dos trabalhos. Todavia, a depender da situação concreta apresentada, pode o colegiado aguardar o pronunciamento final da autoridade instauradora para a prática de certos atos, tendo em vista que aqueles realizados com a participação de membro impedido serão fulminados pelo efeito da nulidade.

Nos dizeres dos ensinamentos de Antônio Carlos Alencar Carvalho, "A autoridade administrativa que nomeou o acusado deve praticar ato vinculado de substituição do membro da comissão processante em situação de impedimento, sem margem para qualquer esfera discricionária de consideração sobre a conveniência e oportunidade de o servidor nomeado continuar a atuar nessa condição"[83].

Como consequência da inobservância do dispositivo citado acima, o referido autor descreve: "A participação de servidor impedido em colegiado disciplinar implica a invalidade de todos os atos processuais de que tenha participado, determinando a nulidade da pena imposta, o que pode redundar em prejuízos gravíssimos para o interesse público, em face do dever de reintegração, por exemplo, do servidor demitido e de pagamento de todos os seus vencimentos mensais e demais vantagens, desde a data do ato expulsório baseado em processo punitivo conduzido por agente incompetente, fora a possibilidade de o decurso de tempo verificado não mais permitir a punição administrativa, em virtude da superveniência da prescrição do jus puniendi da Administração"[84].

Nesse sentido, tomando-se como exemplo de hipótese de impedimento, citem-se os julgados do STJ, transcritos logo abaixo:

> *EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR DEFLAGRADO POR REPRESENTAÇÃO DE DEPUTADO ESTADUAL QUE, DEPOIS, COMO MINISTRO DE ESTADO, EMITIU A PORTARIA DEMISSÓRIA DO SERVIDOR. INADMISSIBILIDADE. ART. 18 DA LEI 9.784/99. PAD PRESIDIDO POR PROCURADOR FEDERAL QUE ANTES SE MANIFESTARA EM PARECER ESCRITO PELA NULIDADE DE PROCESSO DISCIPLINAR PRECEDENTE, SOBRE OS MESMOS FATOS E ENVOLVENDO OS MESMOS SERVIDORES. INADMISSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Processo Administrativo Disciplinar se sujeita a rigorosas exigências legais e se rege por princípios jurídicos de Direito Processual, que condicionam a sua validade, dentre as quais a da isenção dos Servidores Públicos que nele tem atuação; a Lei 9.784/99 veda, no seu art. 18, que participe do PAD quem, por ostentar vínculos com o objeto da investigação, não reveste as indispensáveis qualidades de neutralidade e de isenção. [...]*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 14.958/DF - 2010/0006423-9, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 12/5/2010, publicado em 15/6/2010)*
>
> *EMENTA: ADMINISTRATIVO. SINDICÂNCIA. ENVOLVIMENTO DA AUTORIDADE SINDICANTE NO FATO. ILEGALIDADE PARA PRESIDIR E DECIDIR. INEXISTÊNCIA DE ATO INDISCIPLINAR. 1. Envol-*

83 CARVALHO, 2008, p. 347.

84 Idem, p. 346.

vida pessoalmente na suposta infração a ser apurada, encontra-se a autoridade sindicante impedida de presidir e decidir a sindicância. [...]

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 6060/RS - 1995/0038442-6. Relator: Ministro Edson Vidigal, julgado em 10/11/1997, publicado em 1/12/1997)

9.6.10.2. Suspeição

A suspeição deriva de uma situação subjetiva e gera uma presunção relativa de parcialidade, admitindo prova em contrário. Portanto, ainda que haja indícios de configuração de uma das hipóteses de suspeição, há possibilidade de refutação pelo próprio suspeito ou pela autoridade instauradora.

Segundo José Armando da Costa[85], consideram-se sujeitos passíveis de suspeição os membros da comissão processante, o denunciante, as testemunhas, os peritos, bem como a autoridade julgadora do procedimento, não obstante ser possível a eventual alegação de suspeição em relação também à autoridade instauradora.

Segundo Iuri Mattos de Carvalho[86], "Não arguida a suspeição, o administrador-julgador se torna imparcial e pode atuar no processo".

De forma diversa ao impedimento, não há obrigatoriedade do servidor, integrante da comissão, declarar-se suspeito à autoridade instauradora. Assim, o vício fica sanado se não for arguido pelo acusado ou pelo próprio membro suspeito.

A exceção de suspeição pode ser arguida até a decisão final sobre a matéria, depois disso o defeito deixa de produzir qualquer consequência jurídica no processo disciplinar, convalidando-se o vício e considerando-se imparcial o membro da comissão supostamente suspeito.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. IMPEDIMENTO. HIPÓTESES TAXATIVAS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. ART. 134, I A VI, DO CPC. INOCORRÊNCIA. SUSPEIÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA. PRECLUSÃO. RESPONSABILIDADE. ART. 138, § 1º DO CPC. ADMINISTRATIVO. TÍTULOS DA DÍVIDA AGRÁRIA – TDA. RESGATE. PARCELA REMANESCENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA. SÚMULA 269. 1. As causas de impedimento do magistrado estão enumeradas taxativamente nos incisos I e VI do art. 134 do CPC. Enquadrando-se o julgador em qualquer dessas hipóteses, há presunção absoluta de parcialidade, que pode ser arguida em qualquer grau de jurisdição.

2. Nas hipóteses de suspeição há presunção relativa de parcialidade, sujeita à preclusão. Se o interessado deixa de argui-la na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos (art. 138, § 1º do CPC), convalida-se o vício, tendo-se por imparcial o magistrado.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RMS nº 24.613-1 – AgR/DF, Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 22/6/2005, publicado em 12/8/2005)

As alegações de suspeição apresentadas pelo próprio membro da comissão são apreciadas pela autoridade instauradora e as apresentadas pelo acusado, representante ou denunciante são avaliadas pela comissão e remetidas à autoridade instauradora.

Embora a Lei nº 8.112/90 tenha sido silente quanto à questão da suspeição, limitando-se tão-somente ao regime de impedimento, a Lei nº 9.784/99, em seu art. 20[87] regulou a matéria de forma subsidiária, apontando-se como principal causa de suspeição de integrante de comissão, com relação tanto ao acusado quanto ao representante ou denunciante, ter com eles, ou com seus cônjuges, parentes ou afins até o 3º grau, relação de amizade íntima ou de inimizade notória.

85 COSTA, 2011, p. 192.

86 FIGUEIREDO, 2009, p. 129.

87 Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Mas o que se entende por amizade íntima ou inimizade notória? "Amizade íntima é aquela notoriamente conhecida por todos ou por um grande número de pessoas, em virtude de permanente contato, de frequência conjunta a lugares, de aproximação recíproca de duas pessoas, com ostensividade social. [...] Mal-entendidos, divergências eventuais, posições técnicas diversas, antipatia natural, nada disso se incluirá como fundamento da suspeição. Para esta, é necessário que haja reconhecido abismo ou profundo ódio entre os indivíduos, de modo a considerar-se suspeita a atuação da autoridade", por José dos Santos Carvalho Filho, citado por Antônio Carlos Alencar Carvalho[88].

Exemplificando o caso, cite-se excerto do STJ em decisão monocrática em que se negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança:

> *Não existe qualquer prova pré-constituída de vínculo de amizade entre as autoridades em questão. A alegação de que o juiz federal presidente da comissão processante e o juiz federal denunciante utilizam o mesmo meio de transporte para o trajeto das suas residências para o trabalho, ainda que provada na forma exigida pela ação mandamental, não tem o condão de denotar amizade íntima entre os dois magistrados. (STJ – RMS 015881, Relator: Ministro Humberto Martins, Data do Julgamento: 14.05.2009, Data da Publicação: 20.05.2009)*

No entanto, na hipótese de indeferimento da alegação de suspeição, caberá recurso sem efeito suspensivo (art. 21 da Lei nº 9.784/99).

Também, é possível observar, no que se refere às alegações de impedimento e suspeição, que a jurisprudência do STJ tem decidido pela nulidade processual, por cerceamento de defesa, quando as arguições do acusado em seu depoimento ou na defesa escrita são ignoradas ou não apreciadas devidamente pela comissão processante e autoridade competente (instauradora ou julgadora).

Comentando o assunto, assinala Antônio Carlos Alencar Carvalho:

> *... não é dado ao conselho processante nem ainda menos à autoridade julgadora deixar de apreciar a impugnação em torno da falta de imparcialidade logo do presidente da comissão de processo administrativo disciplinar, figura decisiva para influir sobre o ânimo dos outros dois integrantes do conselho instrutor no que tange à conclusão pela culpabilidade do acusado, o qual tem o direito de ter sua responsabilidade cotejada – é esse o desiderato legislativo (art. 150, Lei 8.112/90)[89] – por uma trinca acusadora formada por servidores absolutamente isentos[90].*

No mesmo sentido seguem decisões do Superior Tribunal de Justiça:

> *EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PORTARIA INAUGURAL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. SUSPEIÇÃO. ART. 20 DA LEI Nº 9.784/99. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE. SUSPENSÃO DO PRAZO PARA A DEFESA. DESTITUIÇÃO DE DEFENSOR. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. [...] II. O art. 20 da Lei nº 9.784/99 prevê a possibilidade do acusado arguir a suspeição em relação à autoridade participante da comissão processante. Logo, não poderia a referida comissão, principalmente na pessoa do próprio presidente, abster-se de processar, examinar e julgar a questão, simplesmente alegando que a matéria "é incidental a este Processo e, (...) não tem qualquer relação com os fatos que estão sendo apurados." Precedente. [...] IV. A decisão indeferitória da produção de provas refere-se à suspeição do presidente da comissão, ato esse já reconhecido como viciado face à ausência de motivação.*
>
> *V. Recurso conhecido e provido.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 19225/PR - 2004/0162930-1, Relator: Ministro Gilson Dipp, julgado em 13/2/2007, publicado em 19/3/2007)*

88 CARVALHO, 2008, p. 348.

89 Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da Administração.

90 CARVALHO, 2007.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSO DISCIPLINAR. ATO INAUGURAL. LEGALIDADE. SUSPEIÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE. AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. RECURSO PROVIDO. […] II. A apreciação, sem a devida motivação, de questão levantada pelo servidor quanto à suspeição do presidente da comissão de processo disciplinar, caracteriza-se como cerceamento de defesa do acusado, ensejando a anulação do processo. (...)

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 19409/PR - 2004/0184848-6, Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 7/2/2006, publicado em 20/3/2006)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. NULIDADE. OMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. A ausência de apreciação, de maneira injustificada, da questão preliminar levantada pelo servidor quanto à suspeição e impedimento do presidente da comissão de inquérito, caracteriza-se como cerceamento ao direito de defesa do acusado, ensejando a anulação do processo. Segurança concedida.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 7181/DF, 200/0102019-6 - Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 14/3/2001, publicado em 9/4/2001)

Conforme decisão do STJ, as alegações de imparcialidade da autoridade instauradora e da comissão de processo disciplinar devem estar fundadas em provas, não bastando meras conjecturas ou suposições desprovidas de qualquer comprovação.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE. I – A alegação de imparcialidade da autoridade que determinou a abertura do processo administrativo, bem como da comissão processante deve estar comprovada de plano, não bastando sugestivas afirmações desprovidas de qualquer suporte fático. O simples indeferimento de produção de prova testemunhal e documental não é suficiente para caracterizar a perda da imparcialidade dos julgadores. […]

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 8877/DF - 2003/0008702-2, Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 11/6/2003, publicado em 15/9/2003)

Portanto, recomenda-se muito cuidado no trato do assunto, tendo em vista que, segundo as autoras Adriane de A. Lins e Débora V. S. B. Denys[91], um dos vícios que mais afeta os procedimentos disciplinares, tisnando-os com a eiva da nulidade, decorre, exatamente, de inobservância da "não apreciação de incidentes de impedimento e suspeição do presidente da comissão (cerceamento de defesa)".

Por fim, é relevante destacar que, conforme mencionado para a hipótese de impedimento, a alegação de suspeição não tem aptidão para interromper o andamento do processo. De fato, utilizando-se analogicamente a regra positivada no art. 111 do Código de Processo Penal, evidencia-se que aquele incidente processual corre em autos apartados dos autos principais onde os fatos estão sendo discutidos, não impedindo a regular marcha processual.

9.6.11. Relações de Parentesco

Considerando que nos pontos anteriores foram referidos dispositivos das Leis nº 8.112/90 e 9.784/99, que mencionam as relações de parentesco, entende-se necessária uma breve explanação a respeito do assunto. Com efeito, a matéria é regulada pelo Código Civil que, nos arts. 1.591 a 1.595 estabelece as diferentes formas de parentesco entre as pessoas.

Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

91 LINS, 2007, p. 284.

Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

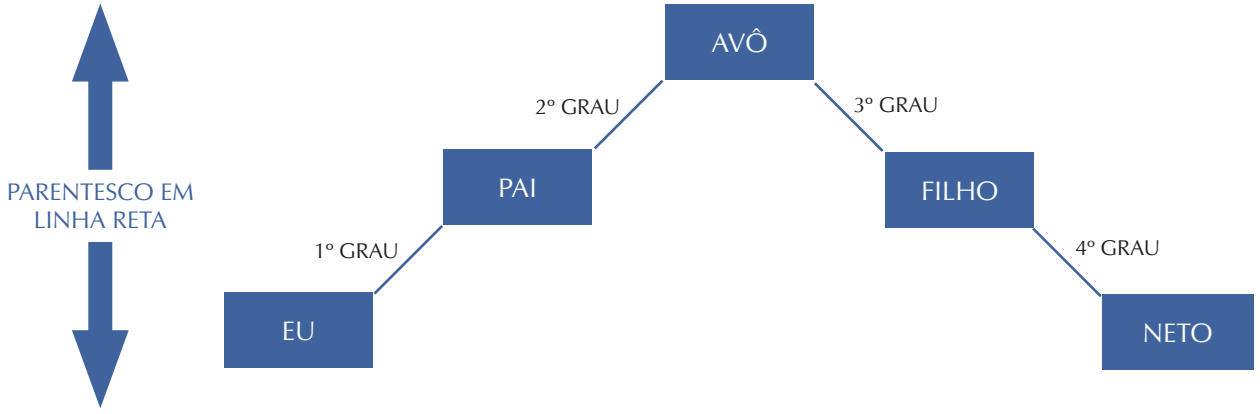
§ 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

§ 2º Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

Inicialmente, a lei civil dispõe que o parentesco pode ser consanguíneo, por afinidade ou civil. Consanguíneo é o relacionamento existente em função da descendência natural, ou seja, o existente entre os pais, filhos, netos, avôs, tios, sobrinhos, etc. O relacionamento por afinidade decorre do casamento ou da união estável pelos quais o cônjuge ou companheiro passa a ser aliado aos parentes do outro, valendo ressaltar que, por ordem expressa da lei, o parentesco por afinidade, em linha reta, não se extingue mesmo com a dissolução da união civil. Por fim, o parentesco civil decorre de alguma outra forma disposta em lei, tal como a adoção.

Em todas as espécies de vínculo, a relação de parentesco é contada em graus, podendo ser em linha reta e colateral ou transversal. O parentesco em linha reta existe pela descendência ou ascendência direta, como no caso de pais e filhos. Já o parentesco em linha colateral está presente quando a ligação entre dois parentes ocorre por meio de um ancestral comum. Importante destacar que o parentesco em linha colateral só se estende até o quarto grau.

Nos quadros abaixo, busca-se melhor exemplificar a situação.



9.6.12. Obrigações de imparcialidade e independência dos membros integrantes da comissão disciplinar

A comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da Administração. É o que preceitua o art. 150 da Lei nº 8.112/90.

Fixa esse dispositivo nada mais que princípios de Administração, sobressaindo: imparcialidade, ou observância do princípio da isonomia ou da igualdade (ou ainda da impessoalidade), e independência funcional, segundo os quais os membros das comissões, no curso de seus trabalhos de apuração[92], ficarão isentos de pressões hierárquicas ou mesmo políticas.

Assim, uma vez nomeados os integrantes da comissão disciplinar, estariam eles necessariamente obrigados a respeitar os princípios da imparcialidade e independência em busca da verdade real. Nesses termos, vale ressaltar a questão da necessidade de imparcialidade de membros de comissão processante que teriam participado anteriormente de sindicância disciplinar com emissão de juízo preliminar de valor.

Nesta hipótese Antônio Carlos Alencar Carvalho argumenta que

> *(...) não se tem admitido que quem tomou parte das investigações e exarou um juízo preliminar acerca da possível responsabilidade disciplinar do sindicado, considerando patentes a autoria e materialidade de infração administrativa, venha depois compor a comissão que irá conduzir o processo administrativo disciplinar, porque teria vulneradas sua isenção e plena independência/imparcialidade (art. 150, caput, L. 8.112/90), requisitos indispensáveis dos componentes do trio instrutor e acusador.*[93]

Assim, caso contrário, se não houver qualquer emissão de juízo de valor acerca de suposta responsabilização funcional, é possível que membro da comissão de sindicância disciplinar faça parte da comissão de inquérito do PAD decorrente.

Em suma, desaconselha-se a designação para participar de comissão de processo administrativo disciplinar dos mesmos membros que integraram a comissão sindicante e que concluíram pelo cometimento da infração pelo servidor investigado. Nessa orientação, seguem-se as decisões do STJ:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGÊNCIA REGULADORA. SERVIDOR. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SUSPEIÇÃO DE MEMBRO SINDICANTE PARA ATUAR NA COMISSÃO DO PAD. OCORRÊNCIA. VÍCIO DE MOTIVO NO ATO DE DEMISSÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. (...)

2 – Dispõe o art. 150 da Lei n 8.112/1990 que o acusado tem o direito de ser processado por uma comissão disciplinar imparcial e isenta.

3 – Não se verifica tal imparcialidade se o servidor integrante da comissão disciplinar atuou também na sindicância, ali emitindo parecer pela instauração do respectivo processo disciplinar, pois já formou juízo de valor antes mesmo da produção probatória.

4 – O próprio Manual da Controladoria Geral da União de 2010, obtido na página eletrônica daquele órgão, afirma não ser recomendada a participação de membro sindicante no posterior rito contraditório. (...)

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 2009/0022404-2, Relator: Ministro Haroldo Rodrigues, julgado em 25/8/2010, publicado em 15/9/2010)

92 RIGOLIN, 2010, p. 322.

93 CARVALHO, 2007

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MAGISTRADO. PENALIDADE DE DISPONIBILIDADE, COM VENCIMENTOS PROPORCIONAIS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO DOS DESEMBARGADORES QUE PARTICIPARAM NO PROCESSO DISCIPLINAR. DESEMBARGADOR RELATOR DA SINDICÂNCIA E DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPARCIALIDADE E IMPEDIMENTO EVIDENCIADOS. NULIDADE DO ATO IMPETRADO. PRECEDENTE. […] 3. Há impedimento de desembargador para relatar processo administrativo disciplinar instaurado em face de magistrado se, ao se manifestar também como relator na sindicância prévia à abertura do feito disciplinar, não se restringe a uma análise superficial e perfunctória das infrações imputadas ao recorrente, mas se pronuncia de forma conclusiva em desfavor do magistrado. Precedente.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 19.477/SP - 2005/0010118-0. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 17/12/2009, publicado em 22/2/2010)

O acima citado autor conclui que:

> *A jurisprudência dos tribunais pátrios, destarte, tem encarecido a indispensabilidade de plena imparcialidade dos integrantes do conselho disciplinar investigativo e processante, de modo que quem já emitiu seu convencimento em desfavor do acusado, na sindicância, não pode, após isso, ser redesignado para apreciar o mesmo quadro fático e probatório, agora na etapa processual, sob pena de irreparável prejuízo ao direito do servidor público imputado de ter suas razões e provas cotejadas por colegiado instrutor e acusador isento, não previamente vinculado a juízos de valor sobre o mérito da responsabilidade do funcionário antes mesmo da coleta de provas em regime contraditorial, sob pena de o feito punitivo servir-se como um simulacro de ampla defesa, em face da orientação predeterminada em prejuízo do imputado.* [94]

Outra hipótese que tem gerado arguição de nulidade do PAD pela defesa do acusado refere-se à suposta suspeição da comissão processante designada para conduzir processo disciplinar, instaurado em decorrência da anulação do primeiro procedimento por cerceamento de defesa. Neste caso, argui-se a suspeição pelo fato de a mesma comissão, ou um dos membros, ter participado da instrução anulada anteriormente, o que macularia sua isenção e imparcialidade, indispensáveis à garantia do livre convencimento do julgador.

De forma divergente, o STJ tem entendido não haver irregularidade para estes casos. Ao contrário, é mesmo salutar, de vez que aqueles servidores já conhecem, em boa medida, os fatos objetos de investigação.

Sobre o assunto, transcrevem-se abaixo as decisões mais recentes proferidas pelo STJ:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO EM RAZÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OPERAÇÃO EUTERPE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. PARCIALIDADE (SUSPEIÇÃO) NÃO COMPROVADA. LEGÍTIMA UTILIZAÇÃO DA PROVA. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. INDEFERIMENTO LIMINAR MANTIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. […] 3. Não foi demonstrado interesse direto ou indireto de membro de Comissão Processante no deslinde do PAD. Respeitados os aspectos processuais em relação ao impedimento e suspeição, não há prejuízo na convocação de servidores que tenham integrado anteriormente uma primeira Comissão Processante cujo relatório conclusivo fora anulado por cerceamento de defesa. Precedente do STJ. […]

5. Não houve reformatio in pejus. Após ter sido o agravante punido em PAD anulado, não se vislumbra contrariedade ao teor do art. 65 da Lei 9.784/99, visto que a hipótese não é de revisão de sanção disciplinar, mas sim de apreciação dos fatos como se nunca tivesse existido o primeiro procedimento. 6. Agravo Regimental não provido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg em MS nº 15463/DF - 2010/0121563-2. Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 9/2/2011, publicado em 15/3/2011)

94 Idem.

> *EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ANALISTA TRIBUTÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. OPERAÇÃO PLATA DA POLÍCIA FEDERAL. LIBERAÇÃO DE VEÍCULO COM MERCADORIA IRREGULAR. FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO. MEMBROS DA COMISSÃO PROCESSANTE REGULARMENTE DESIGNADOS. AUSÊNCIA DE SUSPEIÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA. DEGRAVAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LEGALMENTE COLHIDA EM INSTRUÇÃO CRIMINAL. OBSERVÂNCIA CRITERIOSA DO RITO PROCEDIMENTAL PREVISTO NAS LEIS 8.112/90 E 9.784/99. SEGURANÇA DENEGADA. […] 3. Respeitados todos os aspectos processuais relativos à suspeição e impedimento dos membros da Comissão Processante previstos pelas Leis 8.112/90 e 9.784/99, não há qualquer impedimento ou prejuízo material na convocação dos mesmos servidores que anteriormente tenham integrado Comissão Processante, cujo relatório conclusivo foi posteriormente anulado (por cerceamento de defesa), para compor a segunda Comissão de Inquérito. (…)*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 13.986/DF - 2008/0260019-8. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 9/12/2009, publicado em 12/2/2010)*

O STJ, em voto do Sr. Ministro Relator, acatado unanimemente, justifica a decisão (AgRg no Mandado de Segurança nº 15.463-DF, 2010/0121563-2):

> *Tampouco se mostra verossímil a afirmativa de que o simples fato de um servidor participar de instrução anulada anteriormente é suficiente para inquinar de imparcial a autoridade processante. O caso presente evidencia estrito cumprimento de dever da autoridade, não se afigurando plausível que o primeiro Processo Administrativo Disciplinar tenha sido anulado para fins de prejudicar o impetrante, tão somente pelo fato de ter sido absolvido naquela etapa. Nesse sentido já decidiu esta Corte Superior:*
>
> *EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. NÃO OCORRÊNCIA. […] 6. Não configura o impedimento previsto no artigo 18 da Lei nº 9.784/1999 quando a atuação de quem se tem por impedido decorre do estrito cumprimento de um dever legal e não evidencia qualquer interesse direto ou indireto no deslinde da matéria. […]*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 585.156-RN - 2003/0158109-3. Relator: Ministro Paulo Gallotti, julgado em 2/10/2008, publicado em 24/11/2008).*
>
> *No que tange à alegada reformatio in pejus na aplicação da pena de demissão, após ter sido a parte impetrante punida em Processo Administrativo Disciplinar anulado com a pena de advertência, não se vislumbra contrariedade ao teor do art. 65 da Lei nº 9.784/99, visto que a hipótese não é de revisão de sanção disciplinar, mas sim de apreciação dos fatos como se nunca tivesse existido o primeiro procedimento.*
>
> *Revela-se portanto, que o mandamus é manifestamente inadmissível por não preencher os requisitos legais.*

Ivan Barbosa Rigolin, em comentário ao art. 169 da Lei nº 8.112/90, esclarece: "*Deve a autoridade substituir a comissão, parece-nos, apenas quando denote traços inequívocos de má-fé, ou desonestidade de propósito, ou desvio de finalidade no trabalho que realizou, ou ainda por absoluto despreparo para a missão que lhe foi atribuída, ou algo tão grave quanto isso*"[95].

Nesta outra hipótese, também, desaconselha-se a designação para participar de comissão revisora os mesmos membros que integraram a comissão processante do PAD originário e que tomaram parte pela condenação do servidor requerente.

95 RIGOLIN, 2010, p. 349.

Sobre o tema Ivan Barbosa Rigolin assim expõe:

> *J. Guimarães Menegale entende que para garantir a imparcialidade na apreciação do pedido revisional não se devem incluir na comissão de revisão servidores que trabalharam naquela processante, ainda que não se lhes ponha em dúvida a honestidade pessoal, porque não é possível ignorar 'a dupla influência da validade, que induz o homem a resistir à mudança de suas convicções ou a confessar ou admitir que errou'.*
>
> *Natural, assim, pareceu àquele ilustre administrativista que a autoridade nomeie comissões diferentes, para o processo e para a revisão, porque é certo que mesmo em processo civil a instância revisora é sempre diferente da instância proferidora da decisão revisanda.*
>
> *Assim também nos parece, pelas razões sintéticas e sabiamente alinhadas por Menegale. Se um dia o homem for reconhecidamente infalível nos julgamentos que fizer de seus semelhantes, então nem mesmo revisão a lei precisará conceder a ninguém.*[96]

Para finalizar a questão acerca da imparcialidade dos membros de comissões apuradoras, interessa registrar o posicionamento da Comissão de Coordenação de Correição sobre a possibilidade de participação de membros de colegiados disciplinares em mais de um procedimento correcional com um mesmo acusado ou investigado, como segue:

> *A atuação de membro da comissão em outro procedimento correcional, em curso ou encerrado, a respeito de fato distinto envolvendo o mesmo acusado ou investigado, por si só, não compromete sua imparcialidade (Enunciado nº 16, de 11 de setembro de 2017 (DOU em 12/09/17)).*

9.7. PUBLICIDADE DO PROCESSO

Nos termos do que foi ventilado no item 2.2.2 acima, para que o acusado possa exercer os direitos ao contraditório e à ampla defesa, é necessária a ciência do conteúdo dos autos do procedimento correcional e o conhecimento das deliberações da comissão responsável pela condução dos trabalhos. Neste diapasão, é certo que, além da comunicação dos atos processuais – tópico que será debatido adiante –, a vista do processo é providência indispensável para assegurar a presença dos dois direitos citados, os quais possuem vocação constitucional.

Inclusive, acerca do acesso integral aos autos por parte dos acusados em determinado procedimento correcional, a Comissão de Coordenação de Correição emitiu o seguinte enunciado:

> *Havendo conexão a justificar a instauração de procedimento correcional com mais de um acusado, a todos eles será garantido o acesso integral aos documentos autuados (Enunciado nº 19, de 10 de outubro de 2017 (DOU em 11/10/17)).*

Contudo, a possibilidade de terceiros terem acesso ao conteúdo do processo disciplinar pode gerar dúvidas na comissão. Para responder a tal questionamento, é mister discorrer sobre o princípio da publicidade, bem como acerca da Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei nº 12.527/2011).

Pois bem, o princípio da publicidade tem inspiração constitucional, encontrando-se positivado no *caput* do art. 37 da Carta Maior. Assim, a regra é que os atos praticados pela Administração sejam de conhecimento público, com o escopo de garantir a transparência necessária e indispensável em um regime democrático de direito.

Como decorrência natural deste princípio na seara correcional, no item 9.5.2 foi mencionada a necessidade de que as portarias de instauração, prorrogação e recondução de procedimentos disciplinares sejam devidamente publicadas, em boletim interno do órgão ou entidade ou, quando for o caso, no Diário Oficial da União. Ademais, também deve ser dada a publicidade necessária para o julgamento do feito.

96 Idem, p. 360.

A LAI incorporou ao arcabouço normativo nacional um relevante e robusto conjunto de regras relativas à publicidade dos atos praticados pela Administração Pública. Com efeito, buscou-se garantir a transparência na gestão da *res publica*, com a possibilidade de maior participação e monitoramento por parte da sociedade civil. Todavia, o fez sem prejuízo de cláusulas específicas de sigilos legais, como por exemplo, as informações protegidas por sigilo fiscal (art. 198 do Código Tributário Nacional – CTN) ou bancário (art. 3º do Código Tributário Nacional).

O art. 150 da Lei nº 8.112/90 também é um desses casos, pois determina que "*a Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração*".

Seguindo este preceito, a LAI prevê no § 3º do art. 7º que "*o direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas, utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo*". Considerando que todo processo disciplinar em andamento consubstancia uma sequência de atos que culminarão na tomada de decisão em relação à responsabilidade administrativa sobre determinado fato, entende-se que os procedimentos dessa natureza, quando em curso, incluem-se na hipótese ali prevista.

Desse modo, não se deve conceder acesso a terceiros à documentação constante de processo administrativo disciplinar que ainda esteja em curso. Por outro lado, o dispositivo determina que uma vez concluído, ou seja, com a edição de seu julgamento, deixa de subsistir a situação que justifica a negativa de acesso a seu conteúdo. Ressalte-se que não há restrição de acesso ao acusado e seu procurador, em nenhuma fase do processo.

Assim, instaurado o procedimento disciplinar, o art. 150 da Lei nº 8.112/90 continua a acobertá-lo como restrito para acesso de terceiros durante todo o seu curso. No entanto, atendendo aos comandos de publicidade contidos na LAI, assim que concluído, ele passa a ser acessível a terceiros, com exceção dos dados que sempre serão protegidos por cláusulas específicas de sigilo (fiscal, bancário, imagem/honra).

Nesta direção, cita-se como exemplo, a Portaria CGU nº 1.335, de 21 de maio de 2018, que tratou, dentre outras matérias, da restrição de acesso aos documentos relativos à atividade de correição. Ainda que tal normativo possua alcance limitado à CGU, é certo que as regras lá estatuídas servem como diretriz para os demais órgãos e entidades integrantes do sistema:

> *Art. 24. Consideram-se informações e documentos preparatórios relativos a processos em curso no âmbito da CGU, cuja divulgação irrestrita pode trazer prejuízo a sua adequada conclusão:*
>
> *I - documentos que evidenciem os procedimentos e as técnicas relativas a ações de controle e de inspeção correcional, gestão de riscos ou de qualquer espécie de ação investigativa; e*
>
> *II - relatórios, pareceres e notas técnicas decorrentes de investigações, auditorias e fiscalizações, e outros documentos relativos às atividades de correição e de controle, bem como outras ações de competência da CGU, quando ainda não concluídos os respectivos procedimentos.*
>
> *§ 1º A restrição de acesso às informações previstas no inciso I do caput deste artigo se extinguirá quando o método ou o procedimento adotado nas respectivas ações de controle, de inspeção correcional, de gestão de risco ou ação investigativa não for mais utilizado, salvo quando:*
>
> *I - haja perspectiva de utilização; ou*
>
> *II - seu conteúdo componha outros documentos de acesso restrito.*
>
> *§ 2º A restrição de acesso às informações previstas no inciso II do caput deste artigo se extinguirá a partir da conclusão do procedimento, salvo subsistam outras restrições.*
>
> *§ 3º Consideram-se concluídos, no âmbito da CGU, os procedimentos relativos a:*
>
> *I - ação correcional:*

a) procedimento correcional contraditório e eventual processo de acompanhamento: com a publicação da decisão definitiva do procedimento contraditório pela autoridade competente;

b) procedimento investigativo: com o arquivamento do processo ou a publicação do julgamento do procedimento disciplinar contraditório decorrente da investigação; e

c) procedimento de inspeção correcional: com a aprovação final do relatório pela autoridade competente;

II - ação de apuração de denúncias:

a) após o encerramento da ação de controle ou do procedimento que a denúncia instruir;

b) após seu expresso arquivamento; ou

c) após o transcurso de 5 anos sem a adoção de providências;

[...]

§ 4º As informações oriundas ou resultantes de procedimentos correcionais, denúncias ou ações de controle, que possam resultar no prosseguimento de investigação em outros órgãos da Administração Pública, administrativa ou judicialmente, terão seu acesso condicionado à prévia consulta aos órgãos parceiros na investigação quanto à sua restrição de acesso.

§ 5º A restrição de acesso decorrente da natureza preparatória de documentos não será aplicada a interessados formalmente acusados em procedimentos de natureza contraditória, nem a seus representantes legais, quando necessários ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

§ 6º Não integram os fundos documentais da CGU nem constituem documentos preparatórios à tomada de decisão documentos que registrem simples anotações, esboços ou minutas descartados ao longo da atividade da CGU que não constituam achados ou dos quais não se haja derivado conclusão.

§ 7º O denunciante, por essa única condição, não terá acesso às informações e documentos preparatórios.

Os §§ 1º e 2º do art. 24 transcritos deixam claro que todos os documentos relativos à atividade de correição têm acesso restrito até à conclusão dos respectivos procedimentos, ainda que não estejam classificados. Por sua vez, a alínea "b" do inciso I do § 3º do art. 24 traz relevante definição do que se entende por conclusão no caso de procedimento investigativo, com a menção de que a publicidade só ocorre após a publicação do julgamento do procedimento disciplinar contraditório decorrente da investigação.

Com relação ao processo de acompanhamento e ao procedimento correcional contraditório, a alínea "a" do inciso I do § 3º do art. 24 estabelece, de modo similar, o termo final da restrição de acesso na publicação da decisão definitiva – julgamento – do procedimento contraditório – PAD ou sindicância punitiva – pela autoridade competente.

Registre-se, ainda, o teor do Enunciado CGU nº 14 a respeito:

> *RESTRIÇÃO DE ACESSO DOS PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES. Os procedimentos disciplinares têm acesso restrito para terceiros até o julgamento, nos termos do art. 7º, parágrafo 3º, da Lei nº 12.527/2011, regulamentado pelo art. 20, caput, do Decreto nº 7.724/2012, sem prejuízo das demais hipóteses legais sobre informações sigilosas.*
>
> *Enunciado CGU nº 14, publicado no DOU de 1/6/2016, seção 1, página 48.*

Entretanto, não se pode olvidar a publicação da Súmula Vinculante nº 14/STF, em que se estabelece: "*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.*".

A Ouvidoria-Geral da União, em sede recursal, manifestou-se acerca de litígio instalado entre o Ministério da Fazenda e servidor que lhe requerera acesso às peças constantes dos autos de sindicância patrimonial, que não é informada pelas garantias constitucionais à ampla defesa e ao contraditório, em razão da denegação da pasta ao pleito com fulcro nos arts. 3º, inciso IV, e 6º, inciso I, do Decreto nº 7.724/2012. A OGU/CGU emitiu parecer (Processo nº 16853.008638/2017-44), esclarecendo que

[...] conforme a Súmula n. 14 do STF e as jurisprudências decorrentes, entende-se que o sigilo legal abrange tão somente as informações constantes de sindicância, cujo procedimento apuratório de colheita de provas esteja em curso por competência da polícia judiciária e quando a finalidade do próprio procedimento assim o exigir. A despeito de o procedimento investigativo requerido se tratar de competência do poder da polícia administrativa do órgão, é possível fazer analogia à Súmula 14 do STF de que a informação é pública a partir do momento em que não se identifica mais possibilidade de frustrar a finalidade da investigação, dada a conclusão do procedimento investigatório em apreço.".

A despeito da perda de objeto em razão da disponibilização dos autos da sindicância patrimonial finda ao interessado, entrevê-se claramente que não se deve obstruir o contato do investigado, mesmo em procedimentos inquisitivos, ao acervo probatório já coligido sob o pretexto do caráter preparatório do rito. É necessário haver risco efetivo à instrução concreta da matéria com a frustração de diligências em curso. As provas produzidas são passíveis de franqueamento ao interessado, descabendo a oposição com o espeque no art. 23, inciso VIII, da Lei nº 12.527/2011, sob pena de violação da autoridade da referida súmula vinculante.

10. INSTRUÇÃO PROCESSUAL

10.1. COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS

A comunicação dos atos processuais surge diante da necessidade de cientificar as partes sobre os atos a serem praticados. Para o prosseguimento dos processos administrativos disciplinares e sindicâncias acusatórias é imprescindível que os atos sejam comunicados às partes envolvidas, ao que se denomina "comunicações processuais".

Inicialmente, e de forma resumida, serão apresentadas as três formas mais comumente empregadas pelas comissões disciplinares para dar conhecimento da marcha processual aos envolvidos. Nos próximos tópicos, serão abordadas as particularidades essenciais de cada uma delas, indicando os fundamentos legais, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores.

a) ***Notificação prévia***: Comunicação processual pela qual o acusado é informado da propositura de um processo contra a sua pessoa, consistindo em instrumento hábil para possibilitar o exercício do contraditório e ampla defesa desde o início dos trabalhos da comissão. É ato oficial, expedido pelo presidente da comissão processante, pelo qual o acusado é chamado ao processo, podendo realizar os atos de defesa que desejar.

b) ***Intimação***: Comunicação de atos processuais que tenham sido praticados ou a serem praticados no curso do processo. Portanto, comunicam-se atos ao acusado, às testemunhas, aos informantes, ao defensor, ao perito etc.[97]

c) ***Citação***: Esta comunicação processual, na esfera administrativa, consiste no chamamento para apresentação de defesa escrita, ocorrendo, assim, após o indiciamento.

Os atos de comunicação são, em regra, assinados pelo presidente da comissão disciplinar e aqueles para cumprimento por meio pessoal são extraídos em duas vias, para que uma delas seja entregue ao destinatário e a outra juntada ao processo como comprovante de entrega.

Vale, desde já, consignar que a IN CGU nº 14/2018, nos parágrafos 5º, 6º, 8º e 9º, do art. 33, positivou os entendimentos até então adotados acerca dos atos de comunicação processual, tais como a possibilidade da citação por hora certa, o procedimento quando houver recusa no recebimento, a comunicação por edital, etc.

Ressalta-se, ainda, a publicação da IN CGU nº 9/2020, que regulamenta a utilização de recursos tecnológicos, a exemplo do correio eletrônico e aplicativos de mensagens instantâneas.

Assim, as comunicações processuais poderão ser encaminhadas para o e-mail ou para o telefone móvel pessoal, funcional ou particular do servidor. A confirmação de leitura deve ser juntada aos autos, ou, alternativamente, ser juntado termo no qual constem o dia, o horário e o número de telefone para o qual a comunicação foi enviada, bem como o dia e o horário em que ocorreu a confirmação da leitura pelo destinatário.

A confirmação de leitura da comunicação enviada poderá ocorrer com a manifestação expressa do destinatário; com a confirmação automática de leitura; com o sinal gráfico característico do aplicativo; com o encaminhamento para o e-mail ou número de telefone móvel informados ou confirmados pelo interessado (ciência ficta); ou com o atendimento da finalidade da comunicação.

97 Necessário esclarecer que é praxe de alguns órgãos adotar a denominação "notificação" para aquelas comunicações direcionadas ao acusado, a fim de estabelecer distinção das demais intimações. O posicionamento deste manual segue o que dispõe a Lei nº 9.784/99 que, em seu art. 26, apenas previu a intimação como ato de comunicação processual. Todavia, em vista da aplicação do princípio do informalismo moderado, a denominação aplicada aos atos processuais da Comissão não os invalidam, independente do nome que se escolha, desde que respeitadas as demais previsões legais, tal como a observância ao prazo de sua realização.

Com a confirmação da leitura, terá início no dia útil seguinte a contagem do prazo processual, quando for o caso.

Caso a leitura da comunicação não seja confirmada, o procedimento de envio deve ser cancelado e repetido, por qualquer meio.

10.1.1. Notificação prévia

Inicialmente, registre-se que os termos "acusado" e "indiciado" serão empregados seguindo a regra presente na Lei nº 8.112/90. Isso porque, na fase inicial da instrução do processo disciplinar, quando presentes somente indícios contra o servidor e ainda não se fez nenhuma acusação formal, a lei o define como acusado. Na fase final da instrução, caso a comissão formalize a acusação contra o servidor na indiciação, a lei passa a designá-lo como indiciado. Para melhor entendimento, Madeira[98] é bem didático neste ponto:

> *(...) o termo acusado não significa condenado nem culpado. É apenas um termo técnico que deixa claro que aquela pessoa precisa se defender da acusação que contra ela está sendo lançada. No processo penal a pessoa que responde ao processo criminal é chamada de réu e ninguém contesta este termo. Aqui, no processo disciplinar, chamamos de acusado, não há nenhum problema nisso. Aliás, é muito bom que se use esse termo porque o indigitado servidor irá se preocupar com o processo e irá buscar realmente se defender. Se ele é chamado de envolvido pode pensar que a situação não é tão perigosa e negligenciar sua defesa.*

Em que pese a inexistência de previsão expressa na Lei nº 8.112/90, a notificação prévia dos acusados é ato indispensável ao início do exercício da ampla defesa e do contraditório. Assim, com o início da fase de instrução, a comissão deve notificar pessoalmente o servidor da existência do processo no qual figura como acusado, a fim de que possa realizar os atos de defesa que desejar, exceto se ainda não houver no processo elementos que justifiquem a realização de tal ato.

Junto com a notificação, a comissão deve indicar o endereço de acesso ou link do servidor *on-line* onde o processo esteja armazenado ou, alternativamente, fornecer cópia integral dos autos, podendo ser em mídia digital, tendo o cuidado de tarjar eventuais dados sigilosos de terceiros, nos termos do art. 46 da Lei nº 9.784/99, *in verbis*:

> *Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.*

Atualmente, o art. 33, §4º da IN CGU nº 14/2018 prevê a notificação prévia, como comunicação acerca da existência do processo e da possibilidade de ser acompanhado, pessoalmente, ou por procurador.

A decisão quanto à notificação do servidor acusado deve ser precedida de ata de deliberação. Assim, após a ata de instalação, pela qual a comissão registra o início de seus trabalhos, ela se reunirá para analisar o processo e deliberar pela notificação do acusado.

A comissão também deverá comunicar a notificação prévia ao titular da unidade de lotação do acusado, e também à unidade de Recursos Humanos a qual estiver vinculado, em atendimento ao art. 172 da Lei nº 8.112/90, fato que impossibilitará sua aposentadoria[99] e exoneração voluntárias. Além disso, férias, deslocamentos, remoção, licenças e afastamentos, também podem impactar negativamente no desenvolvimento dos trabalhos apuratórios das comissões, sendo possível, de forma justificada, suspender a fruição ou indeferir os pedidos relacionados a tais benefícios.

98 MADEIRA, 2008, p. 102.

99 A Secretaria de Gestão de Pessoas do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, por meio da Nota Técnica nº 26453/2018-MP, acatou entendimento da Consultoria Jurídica daquele Ministério (Parecer n. 01460/2018/ACS/CGJRH/CONJUR-MP/CGU/AGU, aprovado em 7 de novembro de 2018) que, repisando as decisões do STJ, recomendou, ao final, a aplicação do Enunciado nº 17 do Manual de Boas Práticas em Matéria Disciplinar, da Advocacia-Geral da União, segundo o qual: "*Ultrapassado o prazo legal de 140 (cento e quarenta dias) para a apuração e conclusão do processo administrativo disciplinar , a Administração Pública não poderá obstar , apenas com fundamento no art. 172 da Lei ns 8.112, de 1990, a concessão de aposentadoria voluntária requerida pelo servidor acusado no curso do processo, salvo a demonstração inequívoca de ter sido ele o único responsável pela demora na realização da fase de instrução processual, impedindo, por conseqüência, o julgamento pela autoridade competente em prazo razoável.*"

> *Art. 172. O servidor que responder a processo disciplinar só poderá ser exonerado a pedido, ou aposentado voluntariamente, após a conclusão do processo e o cumprimento da penalidade, acaso aplicada.*

A notificação deve atender aos arts. 153 e 156 da Lei nº 8.112/90[100], sendo que cabe à comissão fazer constar no documento as seguintes informações:

a) a instauração do processo contra o servidor por suposto cometimento de ilícito administrativo, indicando resumidamente o motivo da instauração ou menção que os fatos se encontram descritos em determinado processo, sem a menção ao enquadramento legal da suposta irregularidade (evitando com isto uma possível alegação de prejulgamento do caso);

b) os direitos e meios assegurados para acompanhar o processo, contestar provas e de produzi-las a seu favor; e

c) local e horário de funcionamento da comissão processante.

A notificação do servidor deve ser providenciada logo após as primeiras deliberações da comissão e análise do processo, quando já estiverem presentes os elementos que apontem o possível autor ou responsável.

Deve-se ressaltar que, na hipótese de iniciado o processo sem nenhum acusado ou no caso de surgirem novos elementos que indiquem a participação de outros servidores, deve a comissão promover, de imediato, os trâmites de notificação e as comunicações à autoridade instauradora e à unidade de Recursos Humanos.

Também é relevante atentar que, caso alguma prova testemunhal ou outra que demande a participação do acusado na sua produção (tais como perícias e exames) tenha sido feita anteriormente e seja necessária para o esclarecimento do ilícito, deve ser dada oportunidade para o exercício do contraditório por meio do refazimento do ato.

Em relação à indicação exata, na notificação prévia, dos fatos que serão apurados no processo, não há necessidade de tal providência. Seguem entendimentos, extraídos, respectivamente, do Parecer AGU nº GQ-55, vinculante, e de julgado do STJ acerca do tema:

> *Parecer AGU GQ-55*
>
> *Em virtude dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o servidor que responde a processo disciplinar deve ser notificado da instauração deste imediatamente após a instalação da comissão de inquérito e, em qualquer fase do inquérito, cientificado dos atos processuais a serem praticados com vistas à apuração dos fatos, de modo que, tempestivamente, possa exercitar o direito assegurado no art. 156 da Lei nº 8.112, de 1990 (...)*
>
> *9.* ***Não se coaduna com o regramento do assunto a pretensão de que se efetue a indicação das faltas disciplinares na notificação do acusado*** *para acompanhar a evolução do processo, nem essa medida seria conveniente,* ***eis que seria suscetível de gerar presunção de culpabilidade ou de exercer influências na apuração a cargo da comissão de inquérito****. (grifou-se)*
>
> ***Inexiste nulidade no fato da notificação decorrente de processo administrativo disciplinar não indicar, de forma precisa, os fatos imputados aos notificados, pois, nessa fase, os mesmos ainda dependem de apuração****, de modo que, concluída a fase instrutiva, procede-se através de termo próprio, à indicação das irregularidades apuradas e seus respectivos responsáveis, como meio de propiciar-lhes a efetiva defesa escrita, consoante determina o art. 161 da Lei nº 8112/90. (grifou-se)*

100 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. / Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 4.147. Relator: Ministro Anselmo Santiago, julgado em 23/9/1998, publicado em 7/12/1998)

A notificação prévia poderá ser encaminhada para o endereço de correio eletrônico ou para o número de telefone móvel pessoal do acusado, seja funcional ou particular, na forma de mensagem escrita e acompanhada de arquivo de imagem do ato administrativo, nos termos da IN CGU 9/2020.

Necessário que a comunicação e a confirmação de seu recebimento sejam incorporadas aos autos, com a juntada da mensagem de correio eletrônico ou de aplicativo de mensagem instantânea ou, ainda, por termo, no qual conste dia, horário e número de telefone móvel para o qual a comunicação foi enviada, bem como dia e horário em que ocorreu a confirmação do recebimento pelo destinatário, com a imagem do ato administrativo.

A confirmação do recebimento da notificação poderá ocorrer mediante a) resposta do acusado, b) notificação de confirmação automática de leitura, c) sinal gráfico característico do aplicativo de mensagem instantânea que demonstre a leitura por parte do destinatário, d) o atendimento da finalidade pelo interessado (p.ex., ao encaminhar o rol de testemunhas solicitado na notificação prévia).

Não ocorrendo qualquer dessas hipóteses no prazo de 5 dias, o procedimento poderá ser repetido ou realizado pelos meios convencionais de notificação. Ademais, também deverão ser utilizados os meios convencionais de comunicação de atos processuais quando não identificado endereço de correio eletrônico ou número de telefone móvel, funcional ou pessoal.

Para a entrega física da notificação prévia o documento deverá estar em duas vias, sendo que uma delas será entregue pessoalmente ao acusado, e na outra ele deverá apor sua assinatura e data de recebimento, para posterior juntada aos autos. Em caso de mais de um servidor acusado, a comissão deverá providenciar mandado de notificação para cada um.

Quando o servidor a ser notificado estiver em local distinto do funcionamento da comissão, há a possibilidade do deslocamento de membro do colegiado para efetivação do ato, mediante autorização da autoridade instauradora e disponibilidade de recursos materiais. Ainda há possibilidade de serem encaminhadas cópias da notificação e dos autos para que um servidor designado realize o ato, com posterior devolução à comissão de uma via do documento devidamente assinado e datado.

Recomenda-se, como alternativa às possibilidades acima, a designação de secretário no local onde se encontra o acusado, para prestar apoio à comissão na realização das comunicações processuais ao longo de todo o procedimento.

A efetivação das comunicações processuais nem sempre é fácil, podendo ocorrer situações onde o servidor acusado, por exemplo, se recusa a receber a notificação ou se encontra em lugar incerto e não sabido. Como a notificação prévia, por si, não está prevista expressamente na Lei nº 8.112/90, essa também não tratou de todas as situações de embaraço ao cumprimento da referida comunicação processual e, assim, pode se fazer necessário recorrer às previsões legais sobre a citação ou mesmo à utilização de analogia a outros diplomas legais.

No caso de servidor que se recusa a receber a notificação, pode-se fazer analogia com a citação prevista na Lei nº 8.112/90. Assim, o membro da comissão responsável pela notificação deve registrar o incidente em termo próprio e com assinatura de duas testemunhas. Frise-se que o art. 161 da Lei nº 8.112/90 não faz nenhuma exigência quanto à qualidade das testemunhas, podendo ser qualquer pessoa que presencie a recusa do recebimento. Entretanto, em razão da fé pública que possui o servidor, melhor que o ônus recaia sobre este – ressalte-se que se deve excetuar os membros das comissões, pois aí não será "testemunha", mas interessado em que a formalidade tenha sido adequadamente tomada.

Art. 161. (...)

§ 4º. No caso de recusa do indiciado em apor o ciente na cópia da citação, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de 2 (duas) testemunhas.

Outra situação ocorre quando o acusado se encontra em lugar incerto e não sabido, cuja solução, de acordo com o art. 163 da Lei nº 8.112/90, será efetuar a notificação do acusado por edital, publicado no D.O.U e também em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido. Assim, cumpre-se a necessidade de notificar o servidor de sua condição como acusado no processo.

Art. 163. Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa.

O cuidado que a comissão deve ter antes da utilização do edital é empreender tantas diligências quantas forem necessárias para localização do acusado nos endereços conhecidos, sejam de trabalho ou residenciais. Tais diligências, naturalmente, deverão ser certificadas no processo, como forma de demonstrar a tentativa de cumprimento da notificação por meio pessoal, que é o preferencial neste caso.

No caso em que o acusado ainda estiver ativo no serviço público e a comissão não conseguir notificá-lo em seu local de lotação, haverá a possibilidade de instauração de novo procedimento disciplinar. Tal situação ocorrerá caso o acusado deixe de comparecer intencionalmente ao serviço por mais de 30 dias consecutivos, o que caracterizaria possível abandono de cargo, sendo necessária a comunicação desse evento à autoridade instauradora.

A Lei nº 8.112/90 também não cuidou da hipótese do acusado estar preso. Contudo, o Código Civil, especificamente no art. 76, reza que "têm domicílio necessário o incapaz, o servidor público, o militar, o marítimo e o preso". Deste modo, estando o acusado preso, o seu paradeiro é sabido, então deve a comissão proceder à notificação pessoal, observando alguns cuidados, tais como pedidos de autorização às autoridades competentes para ingresso nos estabelecimentos prisionais ou delegacias.

Cumprida a Notificação Prévia, o processo terá curso normal, procedendo-se às demais comunicações processuais de interesse do (s) acusado (s), de modo a ser adequadamente oportunizado o direito ao exercício do contraditório. Nesta linha importa mencionar que é muito relevante o acompanhamento do processo pelo (s) acusado (s), por si ou seu (s) procurador (es), sendo que, somente excepcionalmente, a marcha processual será interrompida. Por oportuno, registre-se o entendimento seguinte, da Comissão de Coordenação de Correição:

ATESTADO MÉDICO PARTICULAR. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. O atestado médico particular não tem, necessariamente, o condão de sobrestar o processo disciplinar. Inexistindo dúvida razoável acerca da capacidade do acusado para o acompanhamento do processo, com base no conjunto probatório carreado aos autos, poderá a prova pericial ser indeferida.

Enunciado CGU nº 12, publicado no DOU de 14/1/16, seção 1, página 10

10.1.2. Intimação

Não menos importante que a notificação, a intimação tem a relevante função de dar conhecimento dos atos processuais que serão praticados ou que já tenham sido praticados pela comissão processante. O objetivo é promover a comunicação daqueles a qualquer pessoa que, de algum modo, deva participar do processo, ou seja, acusados, procuradores, servidores ou particulares (testemunhas, peritos, etc.).

Os membros da comissão processante precisam atentar que os seus atos devem ser objeto de deliberação em conjunto e da necessidade de serem registrados por meio de atas que, por sua vez, serão juntadas aos autos do processo. Durante a fase de instrução probatória, as decisões da comissão precisam ser comunicadas aos acusados ou aos seus procuradores, principalmente se as decisões são relativas à for-

mação do conjunto probatório, ainda que o pedido de formação da prova seja de iniciativa dos acusados. Evidencia-se, assim, que as intimações que informam aos acusados ou procuradores sobre a realização de atos para a formação de provas são essenciais para o exercício do contraditório e da ampla defesa, o que afasta possíveis alegações de nulidade.

Uma das principais utilizações da intimação é a convocação de testemunhas para prestar depoimento. O mandado de intimação, em sua forma, basicamente segue as regras da notificação, pois a intimação deve ser expedida pelo presidente da comissão, em duas vias, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento. O meio previsto na Lei nº 8.112/90 é o pessoal, sendo que uma das vias deve ter assinatura e data da intimação para posterior juntada aos autos do processo, conforme se lê:

> *Art. 157. As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexada aos autos.*

Deve-se ressaltar que o Enunciado nº 10 da Controladoria-Geral da União, debatido na Comissão de Coordenação de Correição determina que a intimação seja entregue por escrito e com a comprovação de ciência por parte do interessado. Assim, permite-se, por exemplo, que a intimação seja encaminhada por mensagem eletrônica, sendo necessário o aviso de leitura da mensagem, para que seja gerada a presunção de que o interessado tomou conhecimento de seu teor:

> *VALIDADE DA NOTIFICAÇÃO DE ATOS PROCESSUAIS. A validade de uma intimação ou notificação real fica condicionada a ter sido realizada por escrito e com a comprovação da ciência pelo interessado ou seu procurador, independentemente da forma ou do meio utilizado para sua entrega.*
>
> *Enunciado CGU nº 10, publicado no DOU de 16/11/2015, seção 1, página 42*

Ressalta-se, ainda, que a intimação poderá também ser encaminhada para o número de telefone móvel pessoal do destinatário, seja funcional ou particular, na forma de mensagem escrita e acompanhada de arquivo de imagem do ato administrativo, nos termos da IN CGU 9/2020.

Necessário que a comunicação e a confirmação de seu recebimento sejam incorporadas aos autos, com a juntada da mensagem de correio eletrônico ou de aplicativo de mensagem instantânea ou, ainda, por termo, no qual conste dia, horário e número de telefone móvel para o qual a comunicação foi enviada, bem como dia e horário em que ocorreu a confirmação do recebimento pelo destinatário, com a imagem do ato administrativo.

A confirmação do recebimento da intimação poderá ocorrer mediante a) resposta do destinatário, b) notificação de confirmação automática de leitura, c) sinal gráfico característico do aplicativo de mensagem instantânea que demonstre a leitura por parte do destinatário, d) o atendimento da finalidade, e) o encaminhamento da mensagem para o correio eletrônico ou número de telefone móvel informados ou confirmados pelo interessado (ciência ficta).

Não ocorrendo qualquer dessas hipóteses no prazo de 5 dias, o procedimento poderá ser repetido ou realizado pelos meios convencionais de notificação. Ademais, também deverão ser utilizados os meios convencionais de comunicação de atos processuais quando não identificado endereço de correio eletrônico ou número de telefone móvel, funcional ou pessoal.

Outro ponto que merece destaque é que a intimação, dado o caráter público do processo, poderá ser utilizada para particulares, terceiros e administrados em geral, conforme se depreende da leitura do art. 157 da Lei nº 8.112/90, juntamente com os artigos 4º, IV, 39 e 28 da Lei nº 9.784/99, esses últimos autorizando a intimação dos administrados para prestarem informações perante a Administração e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

> *Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:*
>
> *(...)*

> *IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.*
>
> *Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.*
>
> *Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.*

Portanto, com fundamento nesses dispositivos da Lei nº 9.784/99, não cabe ao cidadão negar-se a atender a intimação das comissões disciplinares com a simples alegação de que não há interesse seu no processo administrativo disciplinar.

Caso a testemunha a ser intimada seja servidor público, deve-se expedir comunicado da intimação ao chefe da repartição de sua lotação, com a indicação do dia, horário e local marcados para a sua oitiva, de acordo com o parágrafo único do art. 157, da Lei nº 8.112/90[101]. Ressalte-se que o servidor é obrigado a comparecer, sob pena de ser responsabilizado administrativamente, sendo irrecusável a sua liberação para prestar o depoimento na data e horário fixados no mandado.

Para as testemunhas convocadas para prestar depoimento fora da sede de seu local de trabalho, a Lei nº 8.112/90, em seu artigo 173, garantiu transporte e diárias, a fim de custear o seu deslocamento até o local de funcionamento da comissão disciplinar. Recomenda-se, contudo, a avaliação da via menos onerosa, podendo ser o próprio deslocamento da comissão ou ainda, preferencialmente, a realização do ato por meio de videoconferência.

Com a intimação das testemunhas devidamente realizada, deve a comissão providenciar a intimação do servidor acusado ou do seu procurador, caso existente, acerca da realização das oitivas. Insta salientar que, em caso de mais de um acusado, deve-se intimar todos eles ou seus respectivos procuradores, com antecedência mínima de três dias úteis, de acordo com o art. 41 da Lei nº 9.784/99.

> *Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.*

A ausência do acusado e/ou do seu procurador no dia, hora e local da realização do ato, desde que um deles tenha sido devidamente intimado, não impede que se realizem as oitivas. Esta situação não gera nenhum vício ou cerceamento de defesa que poderia suscitar possível alegação de nulidade do processo. Todavia, a falta da intimação poderá viciar o ato, conforme menciona Reis[102]:

> *O acusado, se o desejar, a tudo poderá estar presente, pessoalmente ou por intermédio de seu procurador. A sua presença não é, porém, obrigatória, nem invalida o depoimento, se ausente, desde que para o evento tenha sido notificado adequadamente. A ausência da notificação, esta sim, é que viciará o ato.*

A presença do acusado ou do seu procurador no ato supre qualquer irregularidade ou falha, ainda que as intimações não tenham respeitado as prescrições legais. Contudo, a ausência daqueles gera nulidade das intimações e dos atos que derivarem delas, devendo a comissão repetir todos os atos necessários para atender o contraditório e a ampla defesa.

Não restando mais nenhum outro tipo de ato de instrução probatória, cabe à comissão deliberar pelo interrogatório do acusado. A intimação do acusado ou do seu procurador deve respeitar o prazo do art. 41 da Lei nº 9.784/99[103], ou seja, três dias úteis de antecedência da data marcada para o interrogatório. No caso específico do interrogatório, estando o acusado representado por advogado, entende-se que a

101 Art. 157, Parágrafo único: Se a testemunha for servidor público, a expedição do mandado será imediatamente comunicada ao chefe da repartição onde serve, com a indicação do dia e hora marcados para inquirição.

102 Idem, p. 145.

103 Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.

intimação deverá ser feita a ambos, no prazo legal, em vista do disposto no art. 7º, XXI, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94):

> *Art. 7º São direitos do advogado:*
>
> *(...)*
>
> *XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)*

Depreende-se, pois, que, em regra, as intimações deverão ser feitas ao acusado ou ao procurador regularmente constituído, nos limites da procuração. Frise-se que, sendo o procurador um advogado, a procuração geral abarca poderes para recebimento das comunicações processuais em geral, salvo aquelas que forem, expressamente, excepcionadas na procuração. A validade das intimações fica condicionada à comprovação da ciência pelo interessado, independentemente da forma utilizada para cumprimento do ato.

Assim, ainda que o procurador do acusado seja membro da Defensoria Pública, poderá a comunicação ser encaminhada para o endereço de correio eletrônico ou número de celular informados ou confirmados, nos termos da IN 9/2020 e do art. 183, § 1º, do Código de Processo Civil.

Alerta-se, no entanto, que, nesse caso, caberá à comissão observar o prazo em dobro para todas as manifestações processuais, nos termos do art. 186 do Código de Processo Civil.

Acerca do tema, registre-se que o STJ, no MS nº 10.404, manifestou-se no sentido de que a ausência de intimação dos procuradores não gera nulidade, haja vista a intimação pessoal do acusado. Aquele mesmo tribunal, no RO nº 19.741, também afirmou que inexiste vício no fato das intimações terem sido feitas apenas ao procurador nomeado pelo servidor:

> *(...) 2. A ausência de intimação dos procuradores dos impetrantes não acarreta nulidade destes atos, haja vista a intimação pessoal dos acusados".*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 10.404/DF. Relator: Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina, julgado em 25/5/2005, publicado em 29/6/2005)*
>
> *(...) IV - Inexiste vício a macular o processo administrativo disciplinar no fato de as intimações terem sido feitas apenas ao advogado nomeado pelo servidor indiciado.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 19.741/MT. Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 11/3/2008, publicado em 31/3/2008)*

Não obstante, vale repisar que, em se tratando do interrogatório, quando o procurador do acusado for um advogado, a intimação deverá ser feita a ambos.

Por fim, além do mandado de intimação, poderá o ofício ser utilizado pelas comissões disciplinares durante o desenvolvimento das suas atividades para solicitar informações, prestá-las ou realizar pedidos/requerimentos a autoridades ou órgãos.

10.1.3. Citação

Após a realização de todas as diligências, oitivas, perícias e interrogatório do (s) servidor (es) acusado (s), a comissão processante possivelmente já terá condições de avaliar se o conjunto probatório acostado aos autos indica a existência de infração funcional. Neste momento, e de acordo com o que foi carreado ao processo, o colegiado irá deliberar pelo indiciamento ou não do (s) acusado (s). Caso ocorra o indiciamento, o meio de dar conhecimento de tal decisão é a citação.

Assim, caberá à comissão a elaboração do mandado de citação, com o escopo de permitir ao (s) indiciado (s) a oportunidade de apresentação de defesa escrita. Para tanto, será garantido o acesso ao processo disciplinar na repartição, conforme prevê a Lei nº 8.112/90 no art. 161, § 1º, sem prejuízo da disponibilização de acesso aos autos do processo eletrônico, da remessa de cópia digitalizada ou mesmo do fornecimento de cópias reprográficas, a pedido do (s) indiciado (s) e conforme normativos próprios sobre taxas devidas.

> *Art. 161. (...)*
>
> *§ 1º O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.*

Alerta-se que, caso o acusado esteja representado pela Defensoria Pública, deve a comissão observar o prazo em dobro para todas as manifestações processuais, nos termos do art. 186 do Código de Processo Civil.

O mandado de citação, da mesma forma que as outras formas de comunicação já debatidas, será emitido em duas vias iguais, com assinatura do presidente, para que seja encaminhado com a utilização de recursos tecnológicos ou entregue fisicamente ao indiciado ou ao seu procurador.

A procuração geral para o foro basta para receber a citação em PAD, pois, quando o art. 105 do CPC excepciona a citação, tem em vista o contexto do processo civil. Isso significa que a citação a que alude consiste no ato que aperfeiçoa a relação processual no início do procedimento ao cientificar o réu da demanda. O ato que recebe o nome de "citação" no processo civil é chamado de "notificação prévia" costumeiramente no PAD. Portanto, os poderes especiais servem para atribuir ao advogado encargo de receber o ato inaugural dos procedimentos, a fim de afastar o cliente do incômodo de ser provocado a cada processo judicial ou administrativo e agilizar a correspondente resposta às pretensões.

Na ocasião da citação em PAD, a relação processual está aperfeiçoada, assim como o advogado já tem conhecimento do eventual ônus de responder à indiciação, não havendo, por conseguinte, similaridade entre a citação do PAD e a citação do processo civil, salvo a homonímia dos atos, pois diferem quanto à natureza jurídica.

Enfim, deve o servidor responsável pelo ato de citação juntar a confirmação eletrônica ou coletar em uma das vias o ciente do indiciado ou do procurador, com a respectiva assinatura e a data de recebimento, para posterior juntada ao processo. Não é demais advertir, porém, que a comissão deverá atentar-se ao conteúdo da procuração, buscando identificar se não há alguma exceção, pois é possível que o outorgante restrinja os poderes e exclua, por exemplo, exatamente o recebimento da citação.

Para que cumpra seu objetivo, o mandado de citação deve obrigatoriamente informar local e prazo para apresentação da defesa escrita e o direito que tem o indiciado de consultar o processo na repartição. A comissão deve ter o cuidado de encaminhar cópia do termo de indiciação e, preferencialmente, o endereço eletrônico de acesso ao processo, ou, alternativamente, cópia dos autos (em meio digital), podendo deixar de fazê-lo quanto ao conteúdo que já tenha sido entregue no ato da notificação.

Cabe ressaltar que a citação encaminhada para o correio eletrônico ou número de telefone móvel pessoal do destinatário, seja funcional ou particular, deve ocorrer na forma de mensagem escrita e estar acompanhada de arquivo de imagem do ato administrativo, nos termos da IN CGU 9/2020.

Necessário que a comunicação e a confirmação de leitura sejam incorporadas aos autos, com a juntada da mensagem de correio eletrônico ou de aplicativo de mensagem instantânea ou, ainda, por termo, no qual conste dia, horário e número de telefone móvel para o qual a comunicação foi enviada, bem como dia e horário em que ocorreu a confirmação do recebimento pelo destinatário, com a imagem do ato administrativo.

A confirmação do recebimento da citação poderá ocorrer mediante a) resposta do destinatário, b) notificação de confirmação automática de leitura, c) sinal gráfico característico do aplicativo de mensagem

instantânea que demonstre a leitura por parte do destinatário, d) o atendimento da finalidade, e) o encaminhamento da mensagem para o correio eletrônico ou número de telefone móvel informados ou confirmados pelo interessado (ciência ficta).

Não ocorrendo qualquer dessas hipóteses no prazo de 5 dias, o procedimento poderá ser repetido ou realizado pelos meios convencionais de notificação. Ademais, também deverão ser utilizados os meios convencionais de comunicação de atos processuais quando não identificado endereço de correio eletrônico ou número de telefone móvel, funcional ou pessoal.

No caso de entrega da citação de forma física e estando o servidor a ser citado em local distinto do funcionamento da comissão, há a possibilidade, mediante autorização da autoridade instauradora e disponibilidade de recursos materiais (transporte e diárias), do deslocamento de membro da comissão para efetivação do ato. Repise-se, porém, a possibilidade de designação de servidor no local do indiciado, como forma de auxiliar a comissão na execução dos atos de comunicação processual.

No caso do indiciado que se recusa a receber a citação, o responsável pelo cumprimento do ato deve registrar o incidente em termo próprio e com assinatura de duas testemunhas. Importa frisar que o § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112/90 não faz nenhuma exigência quanto à qualidade das testemunhas, podendo ser qualquer pessoa que presencie a recusa do recebimento. Entretanto, em razão da fé pública que possui o servidor, melhor que o ônus recaia sobre este (pessoa diversa daquela que está cumprindo o ato).

> *Art. 161. (...)*
>
> *§ 4º No caso de recusa do indiciado em apor o ciente na cópia da citação, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de 2 (duas) testemunhas.*

Outra situação que merece destaque ocorre quando o indiciado se encontra em lugar incerto e não sabido. Neste caso, cabe ao colegiado registrar, em termos de ocorrências, as infrutíferas tentativas de localizar o servidor na unidade de lotação e no seu endereço residencial ou outros endereços conhecidos. A solução para a situação retratada é a prevista no art. 163 da Lei nº 8.112/90, que será efetuar a citação do indiciado por edital, publicado no DOU e também em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para que apresente sua defesa:

> *Art. 163. Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa.*

No caso em que o acusado ainda estiver ativo no serviço público e a comissão não conseguir citá-lo em seu local de lotação, é relevante atentar para a possibilidade de instauração de novo procedimento disciplinar para apurar possível falta disciplinar consubstanciada na ausência intencional por mais de 30 dias consecutivos ao serviço. Deste modo, caso presentes indícios da prática deste ilícito funcional, deve-se fazer a comunicação dessa situação à autoridade instauradora, para que determine a instauração do devido procedimento correcional.

Como já mencionado anteriormente, não é muito comum a necessidade de realizar algum tipo de comunicação a servidor preso, mas, caso a comissão se depare com esta situação, deve proceder com a citação pessoal do agora indiciado, nos termos do art. 76 do Código Civil. Nessa situação, alguns cuidados são necessários para a realização do ato, tais como o pedido, às respectivas autoridades, de autorização para ingresso nos estabelecimentos prisionais ou delegacias.

Por último, pode também ocorrer de o indiciado estar em local certo e conhecido, mas se ocultar para não receber a citação. As tentativas frustradas da comissão devem ser registradas nos autos em termos de ocorrência, com elementos que possibilitem comprovar as tentativas de citação. Além disso, há a possibilidade de recorrer-se, por analogia, à citação por hora certa, nos termos do Enunciado nº 11 da CGU, abaixo transcrito. Sobre este tema se retomará na parte própria sobre citação, no tópico sobre defesa.

CITAÇÃO POR HORA CERTA NO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. No âmbito do Processo Disciplinar, a citação poderá ser realizada por hora certa, nos termos da legislação processual civil, quando o indiciado encontrar-se em local certo e sabido, e houver suspeita de que se oculta para se esquivar do recebimento do respectivo mandato.

Enunciado CGU n º 11, publicado no DOU de 16/11/2015, seção 1, página 42

10.2. SÚMULA VINCULANTE Nº 5

Em maio de 2008, o Plenário do STF, após julgar o Recurso Extraordinário 434.059/DF, editou, por unanimidade, a Súmula Vinculante nº 5 com a seguinte redação:

A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

A proposta de edição da Súmula Vinculante foi feita pelo Ministro Joaquim Barbosa, em atenção à decisão do Plenário do STF que julgara Recurso Extraordinário fixando entendimento diametralmente oposto àquele do STJ. Com efeito, vigia até então a Súmula 343 do STJ, que expressava o seguinte entendimento daquele Tribunal: "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar".

É oportuno registrar, não obstante tal entendimento não ser pacífico no âmbito do STJ, a opção pela edição, em 2007, da mencionada Súmula 343 foi na esteira de diversos julgados daquela corte, que estavam propugnando que a ausência do advogado em qualquer das fases do processo administrativo disciplinar inquinava-o de nulidade.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, garante aos acusados em geral o direito ao contraditório e ampla defesa. Tal garantia dirige-se não apenas aos processos judiciais, mas também aos administrativos. A mesma Constituição Federal, no artigo 133, diz que o advogado é indispensável à manutenção da justiça. Os julgados que embasaram a Súmula 343 do STJ interpretavam essas disposições no sentido de que, sem a presença do advogado no processo administrativo disciplinar, a ampla defesa não teria sido garantida ao acusado o que geraria a presunção da violação de garantia lapidada na Carta Maior.

As súmulas editadas pelo STJ, embora não sejam de obediência obrigatória, manifestam uma tendência jurisprudencial para tribunais e juízes de primeira instância. O antagonismo inconciliável entre o entendimento expresso pela súmula 343 do STJ, e o entendimento que o STF fixava, levaria a um grande número de Recursos Extraordinários repetitivos, decorrentes da insegurança jurídica no assunto. A Administração Pública ficaria em difícil situação, considerando-se a possibilidade de anulação de processos administrativos em virtude da falta da presença de defensor.

Essa insegurança jurídica levou o Plenário do STF a editar a Súmula Vinculante nº 5.

Deve-se ressaltar que o instituto jurídico da súmula vinculante foi positivado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou à Constituição Federal o artigo 03-A. Muito discutida antes de sua criação, a súmula vinculante tem por escopo justamente propiciar segurança jurídica a temas controversos, bem como reduzir o número de recursos repetitivos sobre temas já decididos em última instância.

Quando há controvérsia acerca da aplicação, interpretação ou eficácia de determinadas normas, o STF, após fixar seu entendimento, pode elaborar súmula. Aprovada por pelo menos 2/3 do Plenário, essa súmula terá efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública. Essa é a Súmula Vinculante.

Isso quer dizer que uma vez editada a Súmula Vinculante nº 5, todos os juízes e tribunais, no âmbito do Poder Judiciário; bem como toda a Administração Pública, devem obedecer a seu comando. Ao contrário das demais súmulas sem efeito vinculante, cuja consequência restringe-se a um direcionamento jurisprudencial. Desobedecida a Súmula Vinculante, seja pela Administração Pública, seja por algum órgão

do Poder Judiciário, cabe Reclamação ao STF, que então anula o ato ou cassa a decisão que esteja em desconformidade com seu enunciado.

A edição da Súmula Vinculante nº 5, portanto, acarretou a revogação da súmula 343 do STJ.

Entendidos os seus efeitos vinculantes, é importante determinar a extensão e, por conseguinte, os limites da aplicação da Súmula Vinculante nº 5. Para tanto, devem ser analisadas as circunstâncias em que se deu sua edição, bem como os fundamentos invocados pelos Ministros. Conforme foi adiantado acima, a questão gira em torno do direito de defesa no processo administrativo disciplinar, interpretado à luz da Constituição Federal.

O Recurso Extraordinário nº 434.059-3/DF foi interposto pela União, em litisconsórcio com o Instituto Nacional do Seguro Social, contra decisão do STJ que havia declarado a nulidade da Portaria 7.249/2000, da lavra do Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social. Tratava-se de Mandado de Segurança impetrado por servidora demitida, em que foi julgada nula a demissão, tendo em vista que o processo administrativo disciplinar que lhe imputara as faltas funcionais desenvolveu-se sem que sua defesa fosse feita por advogado.

A questão da defesa técnica no processo administrativo disciplinar é regida pela Lei nº 8.112/90, que em seu artigo 156 diz expressamente:

> *Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.*

Nos termos do dispositivo acima mencionado, a defesa do servidor no processo administrativo disciplinar pode ser feita pessoalmente ou por procurador, que poderá ou não ser advogado. Como se vê, a lei deferiu ao servidor a opção de, segundo seu entendimento do que lhe seja mais oportuno, acompanhar o processo pessoalmente, constituir um advogado, para que seja feita uma defesa técnica jurídica ou, ainda, profissional de outra área. Trata-se de prerrogativa deferida ao acusado: escolher como quer se defender.

A liberdade do servidor em escolher como se dará sua defesa é inerente ao processo administrativo disciplinar brasileiro. A Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 já dispunha da mesma forma, permitindo a defesa pessoal pelo servidor. A Lei nº 8.112/90, nascida sob a égide da Constituição Federal, apenas seguiu a mesma sistemática. Ocorre que a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente o direito de defesa aos acusados em geral, o que inclui aqueles que respondem à processo administrativo disciplinar. Está previsto no 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;*

Surgiu, então, a questão da abrangência do direito à ampla defesa e quais os meios que lhe seriam inerentes. Especificamente, questionou-se se o patrocínio da causa disciplinar administrativa deveria estar restrito ao profissional habilitado junto a Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de não ser observada a garantia à ampla defesa.

Os fundamentos que sustentaram a posição da Súmula 343 do STJ podem ser sintetizados nas palavras do Ministro Hamilton Carvalhido:

> *É que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, estabelece que 'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*
>
> *O artigo 133, também da Carta Magna, por sua vez, preceitua que 'O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*

(...)

A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo, por óbvio, é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 7.078. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, publicado em 9/12/2003)

Vê-se que os argumentos favoráveis à exigência do advogado eram vigorosos. A prevalência do entendimento expresso na Súmula 343 do STJ poderia ter consequências gravosas aos trabalhos desenvolvidos durante toda uma década pelo Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, notadamente em razão da necessidade de proporcionar defesa técnica a todos os acusados que deixassem de nomear um advogado para exercer sua defesa em qualquer fase do processo disciplinar.

Era evidente a necessidade de que tal entendimento fosse alterado por aquela corte e pelo STF. Vinícius de Carvalho Madeira narra a mobilização para subsidiar o STF de elementos acerca do tema, de modo a contribuir com a Corte Suprema no deslinde da questão:

Desde o início, a CGU se articulou – eu tive a honra de participar dessa mobilização – com o INSS e a AGU, para que esse processo tivesse acompanhamento especial. Foram feitos memoriais e pedido de preferência de julgamento que culminaram com a colocação do processo em pauta (DJ n 178, de 14/09/2007, pág. 27) e a sustentação oral no dia do julgamento pelo próprio Advogado-Geral da União, José Antônio Dias Toffoli. A questão era tão importante que o relator do processo, Min. Gilmar Mendes, o levou a julgamento no Plenário da Corte Suprema e todos os Ministros teceram considerações em relação à matéria e foram unânimes em afirmar que a defesa técnica por advogado é dispensável no processo disciplinar, pois é uma faculdade que o acusado exerce se quiser[104].

Dessa maneira, o STF restabeleceu a validade jurídica da Portaria que havia demitido a servidora do INSS. Alertados os demais Ministros pelo Ministro Joaquim Barbosa acerca da existência da Súmula 343 do STJ, o Plenário, por unanimidade, aprovou a Súmula Vinculante nº 5. A partir daí, toda a Administração Pública passava a laborar com segurança jurídica de que, o só fato de não haver o acusado se defendido por meio de advogado não significava tolhimento ao seu direito de defesa. Ou seja, o advogado não é indispensável nos processos disciplinares.

Os limites dessa Súmula Vinculante devem ser bem entendidos, tendo em vista que, embora o só fato de o acusado não se fazer representar por advogado no processo disciplinar não acarrete a nulidade, isto não quer dizer que o advogado sempre será dispensado, tampouco que a ampla defesa não seja um direito assegurado ao acusado.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do Acórdão no Recurso Extraordinário 434.059/DF, delineia bem os fundamentos da decisão da Suprema Corte. Recorrendo à consagrada doutrina alemã a respeito da ampla defesa, o Ministro define analiticamente a ampla defesa como o exercício de três prerrogativas: (i) direito de ser informado da acusação, bem como dos atos do processo; (ii) direito de se manifestar, e; (iii) direito de que seus argumentos sejam levados em conta.

Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, da CF. Por si só, a ausência de advogado constituído não importa nulidade de processo administrativo disciplinar.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE nº 434.059/DF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 7/5/2008)

104 MADEIRA, 2008, p. 148.

Assim, infere-se que, no curso do procedimento correcional, pode ocorrer situação excepcional em que a presença do advogado seja necessária para que um desses direitos que compõem a ampla defesa seja garantido.

Deste modo, diante de um caso excepcional, a comissão deve ter sensibilidade e, se for o caso, providenciar ao acusado defesa técnica. Isso pode dar-se de duas formas: quando o próprio acusado se manifesta nesse sentido perante a comissão, alegando e provando que são lhe imputados fatos dos quais ele sequer consegue se defender – tendo em vista, por exemplo, a complexidade técnica envolvida –; ou quando o acusado apresenta sua defesa e esta é inepta (para uma conceituação de defesa inepta, ver item 11.3).

No caso específico da defesa inepta, na maioria das vezes essa situação é contornável com a simples devolução do prazo para o acusado, com a recomendação de que se defenda de forma adequada. Todavia, acontecendo de o acusado apresentar nova defesa inepta, a solução é designar defensor apto a apresentar nova peça defensiva.

O próprio Ministro relator faz essa ressalva, quando da discussão da Súmula Vinculante. A Ministra Carmen Lúcia, de forma bastante clara, expôs:

> *Se analisarmos as obras e monografias, veremos que este é um capítulo muito especificado hoje. A doutrina tem entendido que só em dois casos o servidor poderia falar: quando alega e comprova que a questão é complexa, exige certo conhecimento que escapa ao que lhe foi imputado, vindo a manifestar-se como inapto para exercer a autodefesa; e nos casos especificados, em que essa facultatividade não seria bastante para não se ter mais do que um simulacro de defesa.*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE nº 434.059/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 7/5/2008)*

10.3. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

10.3.1. Introdução

Relembre-se, inicialmente, que o rito do processo administrativo disciplinar é dividido em três fases: Instauração, Inquérito e Julgamento. A fase de Inquérito, por sua vez, compõe-se de três subfases: Instrução, Defesa e Relatório.

Embora o texto legal não formule a distinção a seguir, é comum identificarmos na subfase de Instrução, para fins didáticos, as Providências Iniciais, consistentes nas comunicações abordadas anteriormente, e a Instrução Probatória, cerne dos esforços levados a efeito pela comissão processante para a coleta de prova e a consequente elucidação dos fatos, como reza a lei.

Com efeito, o art. 155 da Lei nº 8.112/90 explicita que:

> *Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*

É sabido que o estudo da prova ocupa posição de destaque no Direito Administrativo Disciplinar (à semelhança do que se verifica em outros ramos da Ciência Jurídica). Sem a pretensão de abordar com profundidade a *Teoria Geral da Prova*, como se denomina essa parte da Teoria Geral do Direito – serão expostos alguns aspectos essenciais para a compreensão da importância da prova no processo administrativo disciplinar.

Nesse sentido, interessa não perder de vista que os atos e fatos que tenham alguma repercussão jurídica geralmente devem ser provados no processo, isto é, não basta que sejam simplesmente alegados ou mencionados. Tampouco é suficiente que sejam conhecidos, se não forem trazidos aos autos.

A prova visa à reconstrução dos atos e fatos que estejam compreendidos no objeto do processo. Busca-se, com ela, determinar a verdade, estabelecendo, na medida do possível, o que aconteceu e como aconteceu, em determinado tempo e lugar, fundamentando a convicção dos destinatários da prova.

Enquanto no processo judicial as provas dirigem-se à formação do convencimento do juiz, no processo administrativo disciplinar o papel de destinatário das provas recai, no primeiro momento, sobre a comissão apuradora e, em seguida, sobre a autoridade julgadora.

Sem prejuízo dos comentários específicos que se seguirão, importa mencionar os comandos trazidos na IN CGU nº 14/2018, acerca dos meios de prova, conforme se lê:

> *Art. 12. Nos procedimentos correcionais regulamentados nesta Instrução Normativa poderão ser utilizados quaisquer dos meios probatórios admitidos em lei, tais como prova documental, inclusive emprestada, manifestação técnica, tomada de depoimentos e diligências necessárias à elucidação dos fatos.*
>
> *Art. 13. Para a elucidação dos fatos,* ***poderá ser acessado e monitorado, independentemente de notificação de investigado ou acusado, o conteúdo dos instrumentos de uso funcional de servidor ou empregado público****, tais como, computador, dados de sistemas, correio eletrônico, agenda de compromissos, mobiliário e registro de ligações.*
>
> *Art. 14. Sempre que as circunstâncias assim o exigirem, poderá ser solicitado, com fundamento no art. 198, §1º, inciso II, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, o acesso às informações fiscais de investigado, acusado ou indiciado, ficando o órgão solicitante obrigado a preservar o sigilo fiscal das informações recebidas.*
>
> *Parágrafo único. As solicitações de informações fiscais direcionadas à Secretaria da Receita Federal do Brasil e demais órgãos de administração tributária serão expedidas pela autoridade instauradora ou aquela que tenha competência nos termos de regulamentação interna, devendo estar acompanhadas dos elementos comprobatórios para o atendimento do previsto no art. 198, § 1º, inciso II, da Lei nº 5.172, de 1966.*
>
> *(grifou-se)*

10.3.2. Valoração Probatória

A relação de congruência entre o arcabouço probatório reunido nos autos e as conclusões da comissão e da autoridade julgadora norteará a atuação dos agentes que eventualmente vierem a exercer o controle dos resultados dos trabalhos, notadamente os órgãos específicos dentro da estrutura correcional do Poder Executivo Federal e ainda o Poder Judiciário.

Deve, pois, haver nexo causal entre as provas entranhadas nos autos (causa) e as conclusões que sustentarem o desfecho processual (efeito). Enfatize-se que é sob esse prisma que será examinada a correção do procedimento e a eventual necessidade de desfazimento ou reforma dos atos processuais conclusivos.

Diz-se que os destinatários das provas são livres para sua apreciação, que é a atribuição de valor aos elementos de convicção carreados aos autos. Compreenda-se que, no entanto, não basta a sua íntima persuasão: é preciso que o resultado do seu convencimento seja racionalmente demonstrado, com fundamentos claros e lógicos. Daí a denominação de livre convicção motivada, lembrando-se, a propósito, que a exigência de motivação é a regra para os atos decisórios administrativos e judiciais.

Desse modo, salvo algumas exceções (notadamente quando a causa não envolver matéria fática, mas apenas jurídica), o conjunto probatório municiará a argumentação das partes e determinará o resultado do processo.

Em matéria disciplinar, a Lei nº 8.112/90 reconhece o caráter decisivo da prova, conforme se percebe na regra positivada no art. 168 daquele estatuto legal:

> *Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.*
>
> *Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.*

A necessidade de congruência entre o conjunto probatório e o resultado da apuração deve ser harmonizada com a livre convicção motivada, da qual já se tratou. O aparente impasse foi resolvido pela própria Lei nº 8.112/90, no art. 150, ao preceituar que "a comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade". Desta forma, muito embora a eventual incongruência possa ensejar a reforma ou a nulidade dos atos processuais, não se concebe que a independência da comissão quanto às provas e sua valoração possa sofrer interferência, notadamente da autoridade instauradora.

Esta poderá, por exemplo, designar outra comissão, se entender que o colegiado originário não apresenta justificativa plausível para o pedido de prorrogação/recondução. Mas não poderá determinar à comissão que produza esta ou aquela prova, ou, ainda, que defira ou indefira determinado pedido apresentado pelo acusado, ou mesmo que se atenha a uma ou outra conclusão sobre a matéria apurada.

Além da independência da comissão, vê-se que a lei também assegura a imparcialidade. Para mais acurada compreensão desse atributo, é preciso lembrar que o processo jurídico, em sentido estrito, caracteriza-se pela existência de partes em litígio, por conflito de interesses.

No processo disciplinar, as partes são a Administração Pública e os seus agentes envolvidos, em tese, nas irregularidades apuradas. Como a mesma Administração Pública participante do processo é a responsável pela sua condução, mediante a comissão designada, é claro que esta haverá de ser isenta, imparcial, sob pena de inexistir, na verdade, um processo que garanta o contraditório e a ampla defesa ao acusado.

Nessa esteira, pode-se concluir que a independência e a imparcialidade da comissão são, em essência, garantias voltadas ao acusado de que a condução dos trabalhos não lhe seja desfavorável. Assim, os esforços da comissão deverão concentrar-se na produção probatória para a elucidação dos fatos e, especialmente, das responsabilidades administrativas que estejam sendo imputadas ao acusado.

10.3.3. Objeto e Indeferimento

Em razão da exposta relevância que as provas ostentam no processo administrativo disciplinar, o indeferimento de sua produção ou juntada aos autos poderá comprometer a validade jurídica dos esforços apuratórios, caso afrontados os princípios garantidores da ampla defesa e do contraditório. Afinal, é justamente em torno das provas que, em grande medida, orbitam as garantias veiculadas por esses princípios.

Por outro lado, é preciso ter em mente que as provas se referem a atos e fatos jurídicos que sejam, cumulativamente, pertinentes, relevantes e controvertidos.

Não preenchidos esses requisitos, a produção de provas deverá ser indeferida por ato motivado do presidente da comissão, após deliberação devidamente registrada em ata (art. 152, § 2º da Lei nº 8.112/90), conforme preceitua o art. 156, § 1º da mesma Lei: "o presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos".

Não precisam ser objeto de prova as matérias notórias e aquelas sobre as quais incida presunção legal: as primeiras porque de conhecimento da generalidade das pessoas, as outras por expressa vontade legislativa.

As disposições que comportam presunção legal podem ser classificadas em duas espécies: as relativas (*juris tantum*), que admitem prova em contrário, e as absolutas (jure et de iure), contra as quais não pros-

pera prova adversa. É exemplo do último caso o art. 133, § 5º da referida lei, que erige a presunção de boa-fé do servidor que, até o último dia do prazo para defesa, manifestar a opção por um dos cargos, em tese, irregularmente acumulados.

10.3.4. Ônus Probatório

O ônus probatório, que corresponde à distribuição da responsabilidade pela produção de provas entre as partes, varia de acordo com o ramo jurídico de que se trate e os princípios que o presidam.

No processo administrativo disciplinar, o ônus probatório diverge, em certa medida, da lógica jurídica segundo a qual essa produção cabe à parte que alega.

Isso porque, na sistemática administrativo-disciplinar, como já abordado, há prevalência do princípio da presunção de inocência (ou não-culpabilidade) do acusado. Logo, recai sobre a comissão o encargo de provar a responsabilidade do agente público acusado, tal como ocorre em matéria penal. Registre-se, contudo, que, como a Administração Pública busca a verdade real dos acontecimentos, deve diligenciar para obter quaisquer provas que auxiliem no devido esclarecimento dos fatos, ainda que tais provas tenham como escopo afastar a materialidade ou autoria do ilícito disciplinar.

10.3.5. Cuidados Práticos

Uma vez que a Lei nº 8.112/90 não discriminou os cuidados práticos que a comissão deve observar para preservar a regularidade formal dos autos, remete-se à Lei nº 9.784/99, que abrange a generalidade dos procedimentos administrativos na órbita federal. Nos termos daquele estatuto normativo, deve-se adotar "formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados" (Lei nº 9.784/99, art. 2º, parágrafo único, inciso IX).

Esse critério é reforçado no art. 22 do mesmo diploma legal, ao estipular que "os atos do processo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente o exigir". Logo, vige o informalismo moderado, conforme se expôs no tópico próprio, onde a ausência de formas determinadas é a regra; o contrário, é exceção.

Resta, então, examinar as formalidades que, todavia, devem ser observadas pela comissão processante, porque contempladas em lei (em sentido amplo).

A própria Lei nº 9.784/99, art. 22, § 1º, estabelece que os atos processuais deverão ser produzidos por escrito, em língua portuguesa e com informação de data e local de sua realização, e com assinatura da "autoridade responsável", isto é, de todos os integrantes da comissão condutora dos trabalhos.

O parágrafo seguinte desse dispositivo – ao dispensar o reconhecimento de firma, salvo nas hipóteses de imposição legal ou de dúvida – guarda semelhança com o art. 5º, inciso IX, da Lei nº 13.460/2017, e com o art. 9º do Decreto nº 9.094/2017, muito embora este último se aplique desde que o documento seja assinado perante o servidor público a quem deva ser apresentado.

Note-se que a Lei nº 9.784/99 apenas menciona que os atos processuais deverão observar a forma escrita e redação em língua portuguesa, sem fazer referência às provas, sobretudo documentais, que estejam em outro idioma.

Como tampouco a Lei nº 8.112/90 traz orientação a respeito, cumpre observar, subsidiariamente, o Código de Processo Penal, segundo o qual a tradução somente será realizada quando necessária (art. 236): "os documentos em língua estrangeira, sem prejuízo de sua juntada imediata, serão, se necessário, traduzidos por tradutor público, ou, na falta, por pessoa idônea nomeada pela autoridade".

Finalmente, e em que pese a revogação da Portaria MPOG/SLTI nº 5, de 19 de dezembro de 2002, pela Portaria SEGES/MP nº 80, de 15 de abril de 2016, podem ser mencionadas as seguintes boas práticas de organização processual então previstas naquele normativo:

a) Impedimento de juntada aos autos de mensagens e documentos transmitidos via fax, em vista da qualidade precária do material (recomendando-se a cópia do documento em papel de maior durabilidade);

b) Numeração das folhas em ordem crescente, sem rasuras, com aposição de carimbo próprio para colocação do número, no canto superior direito da página;

c) Correção de numeração de qualquer folha dos autos registrada mediante inutilização da anterior, com aposição de um "X" sobre o carimbo incorreto e renumeração das folhas seguintes, sem rasuras e com certificação da ocorrência; e

d) Volumes dos autos com até 200 folhas cada, observada a distância, na margem esquerda, de cerca de 2 cm para fixação dos colchetes.

10.3.6. Diligências

10.3.6.1. Disposições gerais

A Lei nº 8.112/90[105] prevê, de forma exemplificativa, as medidas que podem ser adotadas pela comissão disciplinar na fase de inquérito, a saber: tomada de depoimento, acareações, investigações, consulta a peritos, entre outras diligências possíveis.

Para COSTA, a comissão pode se utilizar de todos os meios de prova admitidos pelo direito, havendo, portanto, outros legalmente reconhecidos, tais como reprodução simulada dos fatos, reconhecimento de pessoas ou coisas, etc.[106]

É muito comum as comissões disciplinares utilizarem o termo diligência no sentido de adoção de providências para otimizar o andamento do processo. Nesse sentido, as comissões "efetuam diligências para localizar o acusado para fins de notificação prévia", "diligenciam junto à Justiça federal para identificar quais documentos seriam trazidos para os autos disciplinares", etc. Mas tais providências diferem da prova denominada diligência

A prova chamada diligência consiste no deslocamento da comissão para apuração da verdade material subjacente ao processo disciplinar.

10.3.6.2. Deslocamentos

Buscando esclarecer os fatos do processo, a comissão pode realizar deslocamentos a locais de interesse para verificação, avaliação genérica ou vistoria que não exija o conhecimento de um perito.

Há quem utilize o termo "diligência" para referir-se aos deslocamentos feitos pela comissão a esses locais, definidos como as "*(...) verificações ou vistorias no local do fato ou em outros locais de interesse para o esclarecimento do ocorrido e que podem ser realizadas pelos próprios integrantes da Comissão, não requerendo a especialidade de um perito (...)*" [107].

Na diligência não é apenas o resultado que interessa aos autos, mas a confecção dele em si. A prova é a própria elaboração do resultado. Dessa forma, recomenda-se formalizar a realização da referida diligência através das seguintes providências: I – lavrar ata de deliberação, através da qual os membros decidem pela realização do deslocamento; II – intimar o acusado, com antecedência mínima de três dias úteis à data de

105 Art. 155 - Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

106 COSTA, 2011, p.226.

107 MADEIRA, 2008, p.109.

realização do deslocamento[108], para que este compareça ao ato, se assim o desejar, e; III – registrar a realização da diligência em ata, assinada por todos os membros da comissão, com descrição fiel daquilo que ocorreu durante o deslocamento[109].

Caso seja necessário o deslocamento da comissão à repartição em que ocorreu o fato, deve-se também comunicar à chefia da referida unidade. Nesse caso, admite-se a realização de diligências na sede da repartição, tais como busca e apreensão de documentos, que deverão ser previamente comunicadas à autoridade instauradora para que esta comunique a autoridade competente da repartição administrativa onde se realizará a diligência, não havendo necessidade de recurso à seara judicial[110].

Excepcionalmente, a comissão poderá realizar diligências sem a prévia notificação do interessado[111] [112], quando o sigilo for absolutamente necessário para garantir o êxito da empreitada, o que não ofende a garantia do contraditório, uma vez que o acusado terá acesso posteriormente àqueles elementos probatórios constantes dos autos do processo.

10.3.7. Perícias

É recomendável que a autoridade instauradora, ao eleger determinados servidores para constituírem comissão processante, busque garantir que pelo menos um deles detenha conhecimento na área de atuação em que estiver contida a matéria objeto de apuração.

Todavia, nem sempre a observância dessa cautela será viável no caso concreto, da mesma forma que, em algumas situações, mesmo que o membro da comissão detenha conhecimento do assunto, poderá ser necessária a colaboração de profissional que seja especialista no assunto. Nesses casos, terão lugar a perícia e a assistência técnica, que constituem meios de prova em que a convicção sobre determinada verdade processual resultará do emprego de conhecimento científico, ou seja, aquele que ultrapassa o senso-comum.

O perito e o assistente técnico são, assim, profissionais (servidores ou não) que detêm habilitação legal em determinado ramo científico que guarda pertinência com a matéria aventada no procedimento correcional. Deste modo, as mais diversas áreas de estudo e pesquisa fornecem importantes subsídios para aproximar as partes e o julgador da elucidação dos fatos, que é o desiderato do Direito Administrativo Disciplinar. Frise-se que, embora não haja rol taxativo das especialidades científicas que sejam contempladas, geralmente as perícias dizem respeito à tecnologia da informação, engenharia ou medicina.

Atente-se, contudo, que o art. 155 da Lei nº 8.112/90, ao exemplificar os meios de prova utilizados para elucidação da matéria apurada, prevê que a comissão contará, quando necessário, com técnicos e peritos.

Já o artigo seguinte, no seu parágrafo segundo, complementa que o pedido de prova pericial será indeferido, quando a comprovação do fato independer de conhecimento especial de perito. Logo, é nítido que a perícia pleiteada pela parte deverá ser avaliada pela comissão, e não preenchido o requisito legal, deverá ter sua produção motivadamente indeferida.

Tanto o perito quanto o assistente técnico, como interventores do processo administrativo disciplinar, submetem-se às hipóteses de impedimento e suspeição endereçadas aos membros da comissão.

Considerando as diferenças existentes entre a perícia e a assistência técnica, esses meios de prova serão, a seguir, tratados separadamente, sobretudo porque – na sistemática do Direito Administrativo Disciplinar – essas figuras não deveriam ser tomadas por equivalentes.

108 Lei nº 9.784/99, Artigo 41 - Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.

109 TEIXEIRA, 2020

110 Idem, p. 249.

111 Lei nº 9.784/99, Artigo 45 - Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

112 TEIXEIRA, 2020.

Nesse sentido, é esclarecedora a lição de Salles[113]:

> *(...) enquanto o perito emite juízo de valor sobre fatos ou dados pré-existentes acerca dos quais seja especialista ou detenha específico conhecimento, por meio de laudo que, ao final, consubstancia-se como prova, o assistente técnico apenas provê subsídios à comissão, por meio dos conhecimentos ou informação repassados, para que ela mesma forme seu juízo de valor acerca dos fatos ou dados pré-existentes, não laborando uma prova.*

De qualquer forma, a mera confusão terminológica entre perícia e assistência técnica nos autos do processo não tem, por si só, o condão de atrair sobre ele a pecha da nulidade, considerando-se o já mencionado princípio do formalismo moderado.

Uma vez que a comissão entenda preenchido o requisito legal para a produção de prova pericial (necessidade de conhecimento técnico, científico), ela deverá registrar em ata a deliberação. Observe-se que, neste momento, é recomendável que a comissão motive as razões pelas quais será necessário o conhecimento especializado, consignando os quesitos (questionamentos que deverão ser objeto do laudo pericial).

Também deverá, em seguida, proceder à intimação do acusado, para que este tenha prévia ciência da decisão e tenha a faculdade de formular os seus quesitos, como forma de garantir-lhe o contraditório.

Será então necessário fazer a escolha do perito ou do órgão ou entidade responsável pela elaboração do laudo pericial (sempre com adequação à área de conhecimento especializado que o caso requeira). Para tanto, o presidente da comissão deverá providenciar o encaminhamento dos dados necessários à autoridade instauradora (assunto, área de conhecimento técnico necessário para o caso e, claro, os quesitos da comissão e do acusado).

O laudo pericial é o documento que materializa as conclusões do perito sobre a matéria levada a seu exame e que responde aos quesitos da comissão e do acusado (caso este tenha feito uso da faculdade legal de apresentá-los, na forma explicada acima). Tal documento é, por si mesmo, a prova processual, e, deste modo, deverá ser juntada aos autos.

Após essa providência, o acusado deverá ser intimado para que novamente exercite o contraditório e a ampla defesa, eventualmente se insurgindo no tocante às conclusões estampadas no laudo pericial.

Nessa oportunidade, o acusado (ou seu procurador) também poderá requerer à comissão a oitiva do perito, a fim de que preste esclarecimento sobre determinados pontos do laudo ou que complemente algum dos quesitos que foram objeto do seu trabalho.

Caso a comissão repute descabida a requisição do acusado, o presidente deverá indeferi-la, motivando a decisão, conforme os critérios constantes no art. 156, § 1º, da Lei nº 8.112/90.

Por outro lado, não só em razão da requisição a que se aludiu no parágrafo anterior, como também por iniciativa própria, a comissão pode entender necessário buscar junto ao perito esclarecimento ou complementação das conclusões constantes no laudo.

Em ambas as hipóteses, o perito deverá ser intimado e será ouvido pela comissão.

Em princípio, a participação do acusado para a formação da prova pericial cinge-se às manifestações já expostas: I) requerer a produção desse meio de prova, II) formular quesitos, após ser intimado para tal fim, III) contestar elementos do laudo pericial, depois de notificado sobre a sua juntada aos autos e, finalmente, IV) requerer a oitiva do perito, e nessa ocasião inquiri-lo.

Não há previsão legal de que o acusado possa acompanhar, diretamente ou por assistente técnico privado, a realização dos exames que subsidiarão a feitura do laudo pericial (a exceção é a possibilidade de acompanhamento da perícia médica, nos termos do Manual de Perícia Oficial em Saúde do Servidor Público Federal, aprovado pela Portaria MPOG nº 19, de 20 de abril de 2017). É facultado, no entanto, valer-se de

113 Idem, p. 249.

assistente técnico privado para contestação de elementos do laudo pericial ou então para a inquirição do perito.

Observe-se, a respeito, que a contratação de assistente técnico é apenas mais uma faculdade do acusado, isto é, não há qualquer obrigatoriedade da intervenção desse profissional no feito disciplinar.

Preferencialmente, as perícias ficarão a cargo de entidades ou órgãos públicos, sem prejuízo de que recaiam sobre particulares, quando for o caso de não haver condições de realização no setor público.

No caso de perícias conduzidas por particulares, o ônus econômico será assumido pela Administração Pública, à semelhança do que ocorre em relação à generalidade das despesas processuais. Já o assistente técnico privado é profissional contratado diretamente pelo acusado e será por ele custeado.

A designação do assistente técnico, do perito, órgão ou entidade responsável pela perícia poderá ser formalizada por termo do presidente da comissão, uma vez que também nesse ponto não há especificação na Lei nº 8.112/90.

10.3.8. Testemunhas

A prova testemunhal representa um dos meios de produção de provas previstos pelo rol exemplificativo constante do artigo 155 da Lei nº 8.112/90, transcrito a seguir:

> *Artigo 155 - Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.*

A prova testemunhal é disciplinada de forma escassa pela Lei nº 8.112/90, que regula a matéria nos artigos 157 e 158. Diante da escassez da disciplina legal, a doutrina defende a aplicação analógica dos artigos 202 a 225 do Código de Processo Penal e dos artigos 442 a 463 do Código de Processo Civil ao processo administrativo disciplinar[114].

Conceitua-se testemunha como aquela pessoa, distinta das partes do processo, que é chamada a juízo para dizer o que sabe sobre o fato objeto do processo[115].

Costuma-se classificar as testemunhas nas seguintes categorias: a) testemunha presencial: aquela que presenciou o fato; b) testemunha de referência: aquela que soube do fato a partir do relato de terceira pessoa; c) testemunha referida: aquela cuja existência foi apurada a partir de outro depoimento; d) testemunha judiciária: aquela que relata em juízo o conhecimento do fato; e, por último, e) testemunha instrumentária: aquela que presenciou a assinatura do instrumento de ato jurídico e o firmou[116].

Importa destacar que, no processo administrativo disciplinar, vigora o princípio da verdade material, o que significa que tanto a comissão disciplinar quanto o acusado podem arrolar testemunhas consideradas indispensáveis para o esclarecimento dos fatos ventilados no processo.

De praxe, quando a comissão notifica o acusado para dar-lhe ciência da instauração de um processo disciplinar em seu desfavor, deve também alertá-lo acerca do teor do artigo 156 da Lei nº 8.112/90, transcrito a seguir:

> *Art. 156 - É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.*
>
> *§ 1º - O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.*

114 Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

115 BRAGA, 2008, p.187.

116 Idem, p.187.

§ 2º - Será indeferido o pedido de prova pericial, quando a comprovação do fato independer de conhecimento especial de perito.

Isso significa que, desde a sua notificação até o encerramento da fase de instrução do processo, que ocorre com a designação da data do interrogatório (artigo 158 da Lei nº 8.112/90), o acusado pode apresentar requerimento com o rol de testemunhas que deseja ouvir. Tal requerimento será submetido à apreciação do colegiado, que poderá motivadamente indeferi-lo, quando se tratar de pedido impertinente, meramente protelatório ou de nenhum interesse para esclarecer os fatos, na hipótese do artigo 156, § 1º, Lei nº 8.112/90[117].

Nesse ponto, o Estatuto Funcional não estabelece número mínimo ou máximo de testemunhas que podem ser requeridas,, contudo, a comissão poderá limitar esse número, com fundamento no § 6º do art. 357 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária e supletiva ao processo administrativo disciplinar (art. 15 do CPC).

Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. (...)

Art. 357. [...]

§ 6º O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

Por fim, deve-se esclarecer que, no processo administrativo disciplinar, não existe a distinção entre testemunhas da defesa e da acusação, tal como ocorre no processo civil e no processo penal. Todas são consideradas testemunhas do processo, de igual importância para o esclarecimento dos fatos investigados e na busca pela verdade real, princípio que move a máquina pública na sua seara correcional.

10.3.8.1. Capacidade para testemunhar.

A Lei nº 8.112/90 não traz regras específicas sobre a capacidade de testemunhar, razão pela qual se recorre às regras previstas pelo Código Civil e de Código de Processo Civil[118].

De acordo com o artigo 228 do Código Civil de 2002, não podem ser admitidas como testemunhas: os menores de dezesseis anos; o interessado no litígio, o amigo íntimo ou inimigo capital das partes; e os cônjuges, ascendentes, descendentes e colaterais, até terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade.

O Código de Processo Civil, no artigo 447, por sua vez, traz a seguinte disciplina:

Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º. São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

Aqui é necessário fazer uma ressalva. O Código Civil, no mesmo art. 228, incisos II e III, trazia a incapacidade dos que, por enfermidade ou retardamento mental, não tivessem discernimento para a prática

117 MADEIRA, 2008, p.103.

118 BRAGA, 2008, p.192.

dos atos da vida civil e dos cegos e surdos, quando a ciência do fato que se quisesse provar dependesse dos sentidos que lhes faltam, comandos reproduzidos no art. 447, II e IV do Código de Processo Civil. Ocorre que aquelas disposições do Código Civil foram expressamente revogadas pela Lei nº 13.146/2015, que estabeleceu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo sido acrescido, ainda, o § 2º ao art. 228, segundo o qual "*A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva*".

Por fim, deve-se destacar que tanto o art. 228, § 1º do Código Civil, quanto o art. 447, § 4º, do Código de Processo Civil, admitem o depoimento de incapazes, especialmente sobre fatos que só estas pessoas conhecem, ressalvando-se a necessidade de que, como em qualquer outra prova, a comissão de processo disciplinar valore adequadamente o quanto coletado.

10.3.8.2. Dever de depor

Verificada a capacidade para testemunhar, passa-se à análise daquelas hipóteses em que, embora detenha capacidade, a testemunha não possui obrigação de depor ou ainda quando ela é proibida de fazê-lo.

De pronto, deve-se ressaltar que a Lei nº 8.112/90 não disciplina as hipóteses de suspeição e impedimento das testemunhas, razão pela qual parte da doutrina recorre à aplicação subsidiária da Lei nº 9.784/99[119], que estabelece nos artigos 18 e 20 as hipóteses de impedimento e de suspeição que se aplicam aos servidores e autoridades que atuam no processo administrativo.

O artigo 18 do referido diploma estabelece que há impedimento para atuar em determinado processo quando: o sujeito possui interesse direto ou indireto na matéria; já tenha participado do processo na qualidade de perito, representante ou no caso de participação de seu cônjuge ou parente até terceiro grau, e; estiver litigando administrativa ou judicialmente com o interessado no processo ou com seu cônjuge/companheiro[120].

Por sua vez, o artigo 20 da Lei nº 9.784/99 dispõe que há suspeição quando o indivíduo possua relação de amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados no processo, ou com seus respectivos cônjuges/companheiros e seus parentes até o terceiro grau[121].

No Código de Processo Civil, cujas normas são aplicáveis ao processo administrativo disciplinar de forma supletiva e subsidiária, são as seguintes as hipóteses de incapacidade, impedimento, suspeição e não obrigação de depor:

> *Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.*
>
> *(...)*
>
> *§ 1º São incapazes:*
>
> *I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;*
>
> *II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;*
>
> *III - o que tiver menos de 16 (dezesseis) anos;*

119 Art. 69 - Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

120 Lei nº 9.784/99, Art. 18 - É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I - tenha interesse direto ou indireto na matéria; II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

121 Art. 20 - Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§ 2º. São impedidos:

I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito;

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º. São suspeitos:

I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;

II - o que tiver interesse no litígio.

§ 4º Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas.

§ 5º Os depoimentos referidos no § 4º serão prestados independentemente de compromisso, e o juiz lhes atribuirá o valor que possam merecer.

Art. 448. A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos:

I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge ou companheiro e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau;

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

Assim, a pessoa incapaz, impedida ou suspeita não pode ser testemunha, entretanto, com base nos §§ 4º e 5º do artigo 447 do Código de Processo Civil permite-se à comissão de PAD admitir excepcionalmente o depoimento, por exemplo, quando é a única pessoa a ter presenciado o fato em apuração. O depoimento do incapaz, impedido ou suspeito será prestado na condição de informante, ou seja, sem o compromisso com a verdade, e seu conteúdo será avaliado pela comissão em cotejo com as demais provas produzidas.

Da mesma forma, nada impede que tais pessoas relacionadas à parte acusada prestem depoimento ao trio processante, se assim o desejarem, mas seus depoimentos devem evidentemente ser analisados à luz de sua vinculação afetiva e familiar com o acusado.

Já no caso das pessoas que guardam sigilo profissional ou funcional, exceto se desobrigadas pelo acusado e desejarem prestar o depoimento, a comissão não poderá de qualquer modo as constranger para que revelem segredos ou informações sigilosas.

Importa salientar que de acordo com a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019) constitui crime constranger a depor pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo ou resguardar sigilo, ameaçando-os de prisão (art. 15, caput, da Lei nº 13.689/2019).

Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo:

Por depender da ação do agente público a caracterização desse delito e, diante da necessidade de distinguir o agente público que comete mero erro daquele que intencionalmente abusa de suas prerrogativas funcionais, a lei exige, além da comprovação da vontade livre e consciente de constranger a vítima a depor, revelando segredo ou informação sigilosa ameaçando-a de prisão (dolo), a intenção deliberada de

prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, mero capricho ou satisfação pessoal (art. 1º, §1º).

A testemunha que ocupar cargo ou função pública está obrigada a depor, uma vez convocada pela comissão para prestar depoimento acerca de fatos do seu conhecimento. Tal dever é extraído do teor do artigo 116, inciso II, Lei nº 8.112/90[122], que impõe ao servidor público verdadeiro dever de lealdade para com a Administração Pública. Corroborando esse entendimento de que o servidor público está obrigado a depor, destaca-se o teor do artigo 173, inciso I, Lei nº 8.112/90, que assegura o pagamento de transporte e diárias àquele servidor convocado para prestar depoimento em localidade diversa daquela onde se encontra sua repartição, seja na condição de testemunha, denunciado ou indiciado.[123]

10.3.8.3. Regularidade da intimação da testemunha.

A realização do ato de instrução deve ser comunicada a todos os envolvidos, a saber: I – a própria testemunha e seu chefe imediato, no caso de se tratar de servidor público ou militar; II – o acusado ou seu procurador, e; III – o advogado da testemunha, quando houver.

Tais comunicações devem ser feitas nos moldes previstos pelo artigo 157 da Lei nº 8.112/90:

> *Artigo 157 – As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexado aos autos.*
>
> *Parágrafo único – Se a testemunha for servidor público, a expedição do mandado será imediatamente comunicada ao chefe da repartição onde serve, com a indicação do dia e hora marcados para inquirição.*

Assim, o presidente da comissão deverá expedir mandado de intimação para comunicar à testemunha acerca da realização do ato de inquirição, no qual deverão constar, de forma inequívoca, a data, horário, local e respectivo endereço em que o ato será realizado. Quando a testemunha convocada for servidora pública, a comunicação à sua chefia imediata poderá ser feita através de ofício ou memorando expedido pela comissão[124], podendo a comunicação ser realizada por via eletrônica.

Deve-se destacar que a intimação do acusado ou de seu procurador, quando houver, deve ser feita por escrito e com a comprovação da ciência por parte do interessado, sem a necessidade de que seja entregue pessoalmente. De fato, nos termos do Enunciado nº 10 da Controladoria-Geral da União (já mencionado no item 10.1.2) e da Instrução Normativa CRG nº 9/2020,, basta que sejam preenchidos esses dois requisitos para que seja válida a intimação, o que permite, inclusive, que a intimação ocorra por e-mail ou aplicativo de mensagem instantânea, desde que conste nos autos o respectivo comprovante de leitura. Ressalte-se que é uma prerrogativa do acusado acompanhar a realização dos atos de instrução, para que possa exercer o seu direito fundamental ao contraditório.

Nesse sentido, transcreve-se lição doutrinária que comprova a importância da atuação do defensor durante a produção de prova testemunhal:

> *Além de formular perguntas à testemunha ao lhe ser franqueada a palavra para isso, durante os depoimentos pode e deve o defensor prontamente intervir sempre que, por erro de interpretação ou por omissão, o presidente do colegiado fizer consignar no termo algo substancialmente diferente do que disse a testemunha, podendo até exigir, caso não cheguem a consenso, que seja consignado ipsis literis o que foi falado pelo depoente. Igualmente pode solicitar o registro em ata, conforme previsão no parágrafo segundo do art.152 da Lei nº 8.112/1990, de qualquer incidente ocorrido durante a audiência, ou a juntada de documento que julgue de proveito para a defesa.*[125]

122 Art. 116 - São deveres do servidor: (…) II – ser leal às instituições a que servir;

123 COSTA, 2011, p. 227.

124 MADEIRA, 2008, p.104.

125 LESSA, 2000, p. 277.

Tal dever de intimação para acompanhamento das oitivas não significa que a comissão não possa realizar o ato sem a presença do acusado e/ou de seu procurador. Pelo contrário, comprovada a regular intimação do acusado ou de seu procurador, o ato poderá ser realizado, não sendo necessária a designação de nova data em seu favor[126]. Esse entendimento, inclusive, está em consonância com o teor da já mencionada Súmula Vinculante nº 05 do STF, a qual comprova que a presença do advogado não é imprescindível à realização dos atos do processo disciplinar.

Ainda, cumpre relembrar que, mesmo a testemunha que não pertence aos quadros da Administração Pública, tem a obrigação de comparecer, nos termos do artigo 4º, IV da Lei nº 9784/99.

Não obstante, conforme já referido no item anterior, caso a testemunha faltosa seja servidora pública, sua ausência pode ensejar responsabilização disciplinar pelo descumprimento dos deveres elencados pelo artigo 116, Lei nº 8.112/90.[127]

10.3.9. Inquirição

Após a regular intimação das testemunhas, na data, horário e local previamente indicados, a comissão disciplinar deve realizar as oitivas. O artigo 158 da Lei nº 8.112/90 traz algumas prescrições acerca desse ato:

> *Artigo 158 – O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.*
>
> *§ 1º - As testemunhas serão inquiridas separadamente.*
>
> *§ 2º - Na hipótese de depoimentos contraditórios ou que se infirmem, proceder-se-á à acareação entre os depoentes.*

Antes do início do depoimento propriamente dito, a comissão deve adotar as seguintes medidas: I – solicitar documento de identificação do depoente, para confirmar sua identidade; II – registrar os dados pessoais da testemunha em ata (nome, idade, estado civil, profissão); III – indagar acerca da existência de relação de parentesco, amizade íntima ou inimizade notória com o acusado, em vista das disposições da Lei nº 9.784/99, do Código de Processo Penal e Código de Processo Civil, com as modificações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, já referidas anteriormente; e IV – compromissar a testemunha, alertando-a quanto ao teor do artigo 342 do Código Penal[128], no sentido de que, ao depor na qualidade de testemunha, está obrigada a dizer a verdade e não omitir a verdade, sob pena de incorrer nas penas do crime de falso testemunho[129].

A doutrina aponta para a possibilidade de que, antes de prestar o compromisso, a testemunha possa se recusar a depor sobre fatos que possam lhe acarretar grave dano, ou ao seu cônjuge ou parente, bem como sobre fatos que deva guardar sigilo em razão de estado ou profissão[130], consagrando verdadeiro "direito ao silêncio" acerca de tais matérias[131]. Neste caso, o testemunho será possível, desde que o profissional seja desobrigado do dever de sigilo pela parte interessada e, ainda, deseje dar o seu testemunho.

Após tais providências iniciais, a comissão deve iniciar a tomada de depoimento propriamente dita, com a realização de perguntas relacionadas ao objeto do processo. Normalmente, o presidente formula as perguntas à testemunha, que as responde verbalmente, para posterior transcrição no termo de depoimento.

126 MADEIRA, 2008, p. 108.

127 LESSA, 2000, p. 156.

128 Art. 342 – Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

129 MADEIRA, 2008, p. 106.

130 Código de Processo Civil, Art. 406 - A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

131 BRAGA, 2008, p. 203.

Destaque-se que não existe forma pré-determinada de como reduzir a termo as perguntas e respostas feitas durante um depoimento. Pode-se tanto registrar as perguntas e respostas exatamente como foram formuladas, ou registrar somente a resposta, de forma que seja possível deduzir a pergunta que foi feita. Deve-se, contudo, adotar as cautelas necessárias para não ocorrer deturpação do sentido daquilo que foi dito pela testemunha[132].

A lei determina que as testemunhas prestem depoimento em separado, para evitar que a versão dos fatos apresentados por uma delas possa influenciar as respostas das demais[133], bem como para impedir o prévio conhecimento das perguntas que serão feitas pela comissão disciplinar.

Nesse mesmo sentido, a lei proíbe à testemunha trazer seu depoimento por escrito, admitindo-se tão somente que faça consulta a breves apontamentos, para facilitar a lembrança de detalhes de difícil memorização, a exemplo de nomes, datas, eventos, etc.

Após o presidente do colegiado processante realizar todas as perguntas que julgava pertinentes à testemunha, deve dar oportunidade aos demais integrantes da comissão para que realizem seus questionamentos. Registre-se que tais questionamentos serão formulados pelo presidente ao depoente.

Encerradas as perguntas da comissão, passa-se a palavra ao acusado ou ao seu procurador para que formulem seus questionamentos, os quais também são feitos pelo presidente. Necessário frisar que a comissão deve obrigatoriamente registrar em ata que foi oportunizado à defesa reinquirir a testemunha, como prova de observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Antes do encerramento do depoimento, costuma-se perguntar à testemunha se ela gostaria de acrescentar algo àquilo que já foi relatado, o que será registrado na ata.

Tal protagonismo do presidente da comissão também se revela em sua incumbência de exercer o poder de polícia durante a realização da oitiva, de forma a garantir que o trabalho do colegiado se desenvolva regularmente, sem tumulto ou desordem. Para tanto, o presidente pode se utilizar de meios coercitivos quando for necessário, podendo inclusive retirar pessoas do recinto quando sua presença atrapalhar o bom andamento dos trabalhos[134].

É possível que a parte deseje formular determinada pergunta que não seja admitida pela comissão, por se tratar de pergunta impertinente ou protelatória[135]. Nesse caso, a parte pode requerer que o texto da pergunta indeferida conste da transcrição do termo do depoimento, nos termos do artigo 459, § 3º, Código de Processo Civil[136]. Caso o presidente da comissão indefira tal pedido de inserção, o acusado pode requerer que tal incidente conste também da ata, nos termos do artigo 152, § 2º, Lei nº 8.112/90[137] [138].

Encerrado o depoimento, todos aqueles presentes durante a realização do ato deverão assiná-lo (membros da comissão, testemunha, acusado e procuradores), atestando sua realização naquela data e horário, bem como a veracidade de seu conteúdo.

A doutrina destaca a importância de se prezar pela fiel transcrição de tudo aquilo que foi relatado pela testemunha durante seu depoimento, pois há a possibilidade de que ela se recuse a assinar o depoimento, sob alegação de que o termo não condiz com aquilo que foi declarado. Nesse momento, recomenda-se que o colegiado realize as alterações solicitadas para não causar indisposição desnecessária com a testemunha, desde que essas não importem em falseamento daquilo que verdadeiramente foi dito.

---

132 MADEIRA, 2008, p. 107.

133 COSTA, 2011, p. 226.

134 Idem, p. 229.

135 Lei nº 8.112/90, Art.156, § 1º - O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

136 Art.459, § 3º - As perguntas que o juiz indeferir serão transcritas no termo, se a parte o requerer.

137 Art. 152, § 2º - As reuniões da comissão serão registradas em atas que deverão detalhar as deliberações adotadas.

138 LESSA, 2000, p. 155.

No caso de a oitiva ser gravada, o registro audiovisual gerado e juntado aos autos dispensa a redução a termo, conforme estabelece o art. 7º da Instrução Normativa n.º 12, de 1º de novembro de 2011, alterada pela Instrução Normativa n.º 5, de 21 de fevereiro de 2020. Nesse caso, basta que o presidente da comissão assine a Ata de Audiência, na qual deverá constar, ao menos, a data, os locais e os participantes do ato.

10.3.10. Contradita

Embora não prevista expressamente pela Lei nº 8.112/90, a doutrina recorre ao regramento processual penal para admitir a possibilidade de contradita de testemunha em sede de processo administrativo disciplinar, nos termos do artigo 214 do Código de Processo Penal:

Art. 214 – Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.

Trata-se de incidente em que o acusado ou seu procurador pode contestar a negativa de impedimento ou suspeição feita pela testemunha, no momento em que esta é inquirida pela comissão acerca das situações previstas pelo artigo 208 do Código de Processo Penal, conforme mencionado no item anterior. Para tanto, devem comprovar a existência de tal causa impeditiva de atuação como testemunha.

Acatada a contradita pelo colegiado, o depoimento será registrado como de mero informante, pois a testemunha não poderá prestar compromisso nos termos do artigo 342 do Código Penal. Não obstante, caso sejam insuficientes as razões apresentadas, a comissão não está obrigada a aceitar a contradita, devendo justificar em ata as razões de tal indeferimento e prosseguir normalmente com a tomada de depoimento[139].

A comissão irá igualmente qualificar o depoente como informante quando ela própria entender que existe causa de impedimento ou suspeição, independente de contradita levantada pela defesa.

10.3.11. Acareação

Por sua vez, a possibilidade de realização de acareação entre testemunhas encontra expressa previsão no artigo 158, § 2º, da Lei nº 8.112/90, que assim dispõe: "Na hipótese de depoimentos contraditórios ou que se infirmem, proceder-se-á à acareação entre os depoentes".

Conforme já mencionado, as testemunhas são inquiridas em separado, porém ao se deparar com versões diametralmente opostas sobre um determinado acontecimento, fato este considerado relevante para o deslinde do processo disciplinar, a comissão pode delimitar quais foram os pontos de divergência entre os depoimentos contraditórios e colocá-las frente a frente para dirimir a controvérsia. Nesse sentido discorre a doutrina:

> *As divergências sobre fatos juridicamente relevantes, decorrentes do confronto dos depoimentos prestados, deverão ser esclarecidas por intermédio de acareação na qual cada um dos depoentes, a seu tempo, oferecerá as explicações sobre os pontos controvertidos, sendo tudo reduzido a termo.*[140]

A matéria é regulada também pelos artigos 229[141] e 230 do Código de Processo Penal, que prevê, inclusive, que a acareação pode ser feita não somente entre testemunhas, como também entre acusado e testemunha, acusado ou testemunha e pessoa afetada por sua conduta.

139 Idem, p. 105.

140 GUIMARÃES, 2006, p. 150.

141 Art. 229 - A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Parte da doutrina processual entende que se trata de medida de pouca valia, pois, via de regra, os acareados mantêm suas declarações anteriores; enquanto outros recomendam aos membros da comissão que prestem especial atenção nas reações fisionômicas dos acareados, para flagrar possíveis inverdades[142].

10.3.12. Influência do acusado durante a colheita do depoimento

Já se destacou a fundamental importância de a comissão comprovar, no bojo do processo disciplinar, que regularmente intimou o acusado ou seu procurador para que estes possam exercer, ou não, seu direito de acompanhar a realização das oitivas.

Apesar disso, sabe-se que, na prática, a efetiva presença do acusado durante a tomada de depoimento da testemunha pode causar-lhe embaraço, constrangimento e até mesmo receio de relatar tudo aquilo que sabe perante o colegiado responsável pela condução dos trabalhos.

Cabe à comissão minimizar a possibilidade de que tal intimidação possa ocorrer, devendo preocupar-se com a organização física da sala de oitiva, de forma que a testemunha preste seu depoimento sentada de frente para o trio processante, sem poder vislumbrar o semblante do acusado ou de seu advogado, que deverão estar posicionados atrás na sala[143].

Mesmo com tal disposição física da sala, caso a testemunha se recuse a depor em razão da presença do acusado durante a realização da oitiva, a comissão deve, munida de bom senso, verificar se existem indícios de que o acusado esteja atuando de forma concreta para coagir a testemunha. Sendo negativa a resposta, deverá convencer a testemunha a prestar depoimento, sem qualquer receio. No entanto, caso verifique que o acusado efetivamente constrange a testemunha, através de sua atitude, gestos ou insinuações, deve o presidente do colegiado atuar conforme o disposto pelo artigo 217 do Código de Processo Penal[144], mandando retirá-lo da sala e registrando o incidente no termo de depoimento ou na ata (cf. art. 152, § 2º, Lei nº 8.112/90).

10.3.13. Demais formalidades

Conforme já mencionado acima, a Lei nº 8.112/90 disciplina a matéria sobre testemunhas em apenas dois dispositivos – artigos 157 e 158 – de forma que a doutrina recorre a outros diplomas legais para suprir as hipóteses não mencionadas pela legislação administrativista.

O Código de Processo Penal se refere, no artigo 220[145], àquelas pessoas impossibilitadas de comparecer perante a comissão para depor em razão de idade avançada ou enfermidade. Nesses casos, a comissão pode inquiri-las no local onde se encontrarem.

Por sua vez, o artigo 221 do Código de Processo Penal se refere à tomada de depoimento daquelas autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, as quais possuem o direito de ajustar previamente o local, dia e horário em que prestarão depoimento, enquanto estiverem exercendo seus cargos ou enquanto durarem seus mandatos[146]. No caso de Presidente e Vice-Presidente da República e Presidentes

142 TOURINHO FILHO, 2001, p. 497.

143 MADEIRA, 2008, p. 108.

144 Art. 217 - Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

145 Art. 220 – As pessoas impossibilitadas, por enfermidade ou por velhice, de comparecer para depor, serão inquiridas onde estiverem.

146 BRAGA, 2008, p. 198.

do Senado Federal, Câmara dos Deputados e STF, tais autoridades poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, após envio das perguntas formuladas pela comissão e pelo acusado mediante ofício[147].

Ainda, o artigo 223 do mesmo diploma estabelece que, no caso de testemunha não fluente na língua nacional, o colegiado deverá providenciar um intérprete para traduzir as perguntas e as respostas[148]. Já a tomada de depoimento de mudo, surdo ou surdo-mudo, observará o procedimento descrito pelo artigo 192[149]: o surdo receberá as perguntas por escrito e as responderá oralmente; o mudo será inquirido oralmente e responderá por escrito; e o surdo-mudo, receberá e responderá as perguntas por escrito.

Por fim, o parágrafo único do artigo 192 do Código Processual Penal disciplina a situação de testemunha não alfabetizada e acometida por uma dessas deficiências, hipótese em que intervirá no processo pessoa habilitada a entendê-la, a qual assumirá a qualidade de intérprete e deverá prestar compromisso de transmitir fielmente aquilo que a testemunha lhe relatou.

10.3.14. Interrogatório

O interrogatório é a fase da instrução que permite ao suposto autor da infração disciplinar esboçar a sua versão dos fatos, exercendo a autodefesa, ou, ainda, se lhe for conveniente, invocar o direito ao silêncio, sem nenhum prejuízo à culpabilidade.

Segundo Francisco Xavier da Silva Guimarães, o interrogatório:

> *(...) é, sem dúvida, um dos mais importantes da fase instrutória, por meio do qual ouvem-se os esclarecimentos do acusado sobre a imputação que lhe é feita ao tempo em que são colhidos dados fundamentais para a formação do convencimento.* [150]

Não obstante a nítida importância do interrogatório nas apurações disciplinares, verifica-se, pela leitura abaixo, que a Lei nº 8.112/90 pouco tratou do instituto.

> *Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.*
>
> *§ 1º No caso de mais de um acusado, cada um deles será ouvido separadamente, e sempre que divergirem em suas declarações sobre fatos ou circunstâncias, será promovida a acareação entre eles.*
>
> *§ 2º Na hipótese de depoimentos contraditórios ou que se infirmem, proceder-se-á à acareação entre os depoentes.*

Por essa razão, a Controladoria-Geral da União recomendava às comissões adotar como parâmetro as regras dispostas nos artigos 186 a 196 do Código de Processo Penal[151]. Porém, desde a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), a matéria merece especial atenção, em razão do disposto no art. 15, determinando a aplicação das normas do referido diploma, de modo supletivo e subsidiário, aos processos administrativos, dentre outros.

147 Código de Processo Penal, Art. 221 – O Presidente e o Vice-Presidente da República, os senadores e deputados federais, os ministros de Estado, os governadores de Estados e Territórios, os secretários de Estado, os prefeitos do Distrito Federal e dos Municípios, os deputados às Assembleias Legislativas Estaduais, os membros do Poder Judiciário, os ministros e juízes dos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal, bem como os do Tribunal Marítimo serão inquiridos em local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o juiz. § 1o O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício. (...)

148 Código de Processo Penal, Art. 223 – Quando a testemunha não conhecer a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas. Parágrafo único. Tratando-se de mudo, surdo ou surdo-mudo, proceder-se-á na conformidade do art. 192.

149 Código de Processo Penal, Art. 192 – O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte: I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente; II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito; III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas. Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

150 GUIMARÃES, 2006, p. 154.

151 Idem, p. 155 e 156.

Por ser um ato personalíssimo, o interrogatório não pode ser realizado por interposta pessoa, de forma que nem a presença do procurador supre a ausência do acusado.

A comissão deve conduzir o interrogatório de forma que não haja pressões ou constrangimentos. Se a comissão advertir que o silêncio será interpretado em prejuízo do interrogado ou compromissá-lo, poderá ser arguida a nulidade do interrogatório e atos subsequentes.

Ademais, de acordo com a nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019), constitui crime de abuso de autoridade prosseguir com o interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio (art. 15, parágrafo único, inciso I). Assim, a comissão de PAD deve encerrar o interrogatório sem novos questionamentos ao acusado tão logo este tenha manifestado sua decisão pelo exercício do direito ao silêncio.

Assim em atenção ao princípio constitucional da ampla defesa, permite-se ao acusado o direito de se manifestar após o conhecimento de todos os fatos a si imputados, sendo, assim, o último a se manifestar antes de eventual indiciação. Deste modo, o interrogatório é o ato final a ser realizado pela comissão antes de formar sua convicção acerca do indiciamento do servidor acusado ou da sugestão de arquivamento do feito disciplinar.

Entretanto, caso a opção pelo exercício do direito ao silencio seja encaminhada formalmente à comissão antes da realização do interrogatório agendado e informado ao acusado, poderá a comissão deliberar o cancelamento do ato, sem que da sua falta resulte qualquer nulidade por cerceamento de defesa.

Não obstante o art. 159 da Lei nº 8.112/90 dispor que, após a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, é de se registrar que o interrogatório não necessariamente deverá ser realizado logo após a oitiva das testemunhas, mas certamente após a realização de todas as provas.

Importante registrar que é plenamente possível a realização de vários interrogatórios do acusado, inclusive em outros momentos da instrução, como, por exemplo, antes mesmo da oitiva das testemunhas. Todavia, para que não haja nulidade, deve haver um novo interrogatório ao final.

Nesse sentido, assim ensina Vinícius de Carvalho Madeira:

> *(...) pode acontecer de a comissão entender ser interessante ouvi-lo logo no início do processo, ou mesmo antes do fim. Nada impede que ela faça isso. Entretanto, por segurança jurídica, se o acusado for interrogado antes da produção de outras provas, deve ser colhido novo interrogatório ao final da instrução para ficar assentado que a lei foi cumprida e o interrogatório do acusado o último ato da instrução.152*

O STJ, por sua vez, ao julgar o Mandado de Segurança nº 7.736, assim se manifestou:

> *(...) IV. A oitiva do acusado antes das testemunhas, por si só, não vicia o processo disciplinar, bastando, para atender a exigência do art. 159 da Lei nº 8.112/90, que o servidor seja ouvido também ao final da fase instrutória.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 7736/DF – 2001/0082331-0. Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 24/10/2001, publicado em 4/2/2002)*

Esse é o entendimento também acolhido pela AGU, conforme se verifica nos pareceres vinculantes nºs GQ-37 e GQ-177, conforme trechos abaixo transcritos:

> *Parecer-AGU nº GQ-37, vinculante. Ementa: (...) É insuscetível de eivar o processo disciplinar de nulidade o interrogatório do acusado sucedido do depoimento de testemunhas, vez que, somente por esse fato, não se configurou o cerceamento de defesa. (...)*

152 MADEIRA, 2008, p. 110.

Parecer-AGU nº GQ-177, vinculante: Ementa: (...) Não nulifica o processo disciplinar a providência consistente em colher-se o depoimento do acusado previamente ao de testemunha. (...)

10.3.14.1. Procedimento

Lei nº 8.112/90

Art. 159. Concluída a inquirição das testemunhas, a comissão promoverá o interrogatório do acusado, observados os procedimentos previstos nos arts. 157 e 158.

§ 1º No caso de mais de um acusado, cada um deles será ouvido separadamente, e sempre que divergirem em suas declarações sobre fatos ou circunstâncias, será promovida a acareação entre eles.

Art. 157. As testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, com o ciente do interessado, ser anexada aos autos.

Parágrafo único. Se a testemunha for servidor público, a expedição do mandado será imediatamente comunicada ao chefe da repartição onde serve, com a indicação do dia e hora marcados para inquirição.

Art. 158. O depoimento será prestado oralmente e reduzido a termo, não sendo lícito à testemunha trazê-lo por escrito.

§ 1º As testemunhas serão inquiridas separadamente.

§ 2º Na hipótese de depoimentos contraditórios ou que se infirmem, proceder-se-á a acareação entre os depoentes.

Art. 173. Serão assegurados transporte e diárias:

I - ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado; (...)

Lei nº 9.784/99

Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.

Código de Processo Penal - CPP

Art. 192. O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;

III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

Código de Processo Civil - CPC

Art. 385. (...)

§ 2º É vedado a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte.

Lei nº 13.869/2019

Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório:

I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio; ou

Para que o servidor seja interrogado, é necessária sua prévia notificação para acompanhar o processo na qualidade de acusado. Assim, caso o servidor conste nos autos como simples testemunha, não poderá ser intimado para o interrogatório. Nesta hipótese, deverá antes ser notificado da sua condição de acusado para que possa exercer seu direito à ampla defesa, além de ser necessário questionar se deseja o refazimento, observando o princípio do contraditório, das provas já carreadas aos autos.

Nos termos do art. 41 da Lei nº 9.784/99, o acusado deve ser intimado pela comissão no prazo hábil de três dias úteis antes da realização do interrogatório, lembrando que, caso o seu procurador seja um advogado, este também deverá ser intimado acerca do interrogatório. Nessa oportunidade, é recomendável que a intimação seja entregue juntamente com a indicação do endereço eletrônico de acesso aos autos ou da cópia do processo, ou parte necessária a complementar as outras já entregues durante o seu curso.

Insta destacar que, conforme a redação do Enunciado nº 10 da CGU (vide item 10.1.2) e da Instrução Normativa nº 9/2020, basta que a intimação seja feita por escrito e com a comprovação da ciência por parte do interessado para que possa ser considerada válida. Não há necessidade de seja entregue pessoalmente. Deste modo, é possível, inclusive, que a intimação ocorra por e-mail ou aplicativo de mensagem instantânea, desde que conste nos autos o respectivo aviso de leitura.

O titular da unidade, a quem se encontra subordinado o acusado, deve ser comunicado da data e hora de realização do interrogatório, podendo ser remetido por via eletrônica. Caso o local do interrogatório seja diverso da sede de sua repartição, serão assegurados transporte e diárias para seu deslocamento, nos termos do que determina a redação lapidada no art. 173 da Lei nº 8.112/90, sem prejuízo da possibilidade de realização do ato por videoconferência.

Após o início dos trabalhos, o presidente da comissão realizará a identificação do acusado, por meio de dados como nome, filiação, estado civil, endereço, naturalidade, RG, CPF, data de nascimento, cargo e lugar onde exerce a sua atividade. Sendo o caso, registrará ainda a presença de seu procurador.

Na sequência, a comissão cientificará o acusado do teor da acusação que pesa contra si, informando-o do direito de ficar calado, não tendo obrigação de responder as perguntas que lhe forem dirigidas. Caso seja manifestada pelo acusado a intenção de permanecer em silêncio durante o interrogatório, ou seja, não responder às perguntas da comissão, o ato deverá ser encerrado, com o registro do exercício do direito ao silêncio no termo e assinatura deste pelos presentes.

No caso de o interrogatório ser gravado, o registro audiovisual gerado e juntado aos autos dispensa a redução a termo, conforme estabelece o art. 7º da Instrução Normativa n.º 12, de 1º de novembro de 2011, alterada pela Instrução Normativa n.º 5, de 21 de fevereiro de 2020, bastando que o presidente da comissão assine a Ata de Audiência, na qual deverá constar, ao menos, a data, os locais e os participantes do ato.

O interrogado não deve trazer suas respostas por escrito, mas sim prestar seu depoimento oralmente, o que é reforçado pelo art. 387 do Código de Processo Civil. Há exceções nos casos de surdos, mudos ou surdos-mudos, conforme disposto do art. 192 do CPP.

A condução do interrogatório se dá pelo presidente da comissão, a quem compete se dirigir ao acusado, interrogando-o acerca dos fatos e circunstâncias objeto do processo, bem como sobre os fatos a ele imputados. Quando não utilizado equipamento de gravação em audiovisual, cabe também ao presidente

reduzir a termo, o mais fielmente possível, as respostas apresentadas, as quais serão digitadas pelo secretário ou outro membro da comissão.

Também devem constar do termo todos os fatos ocorridos durante o interrogatório, como incidentes, advertências verbais, interferências, ausência de resposta por parte do acusado (valendo-se do direito de ficar calado) etc.

É recomendável que as perguntas já tenham sido previamente elaboradas pela comissão. Contudo, nada impede que durante o curso do interrogatório outras perguntas sejam incluídas ou modificadas.

Terminada a realização das perguntas pelo presidente da comissão, será aberta a palavra aos dois membros. Após o término das perguntas da comissão e das eventuais perguntas formuladas pelos demais acusados ou procuradores presentes, deferidas pela comissão, passa-se a palavra ao acusado, para que acrescente o que entender cabível acerca dos fatos trazidos à baila no procedimento correcional.

Caso ocorra de o acusado solicitar retificação substancial de alguma resposta, seja durante o interrogatório ou após seu término, deve a comissão registrar ao final a nova resposta, não realizando a alteração por cima da resposta anteriormente prestada.

As perguntas e respostas ficarão consignadas no termo de interrogatório. O texto será revisado e impresso e uma única via, que será assinada pelo acusado e por todos os presentes.

Conforme orientação do autor Marcos Salles:

> *Não havendo outros interrogatórios a serem coletados, tira-se cópia reprográfica do termo para o interessado (recomenda-se que seja impressa apenas uma via original e dela se extraia cópia). Por outro lado, caso ainda haja interrogatório a se coletar, convém que a comissão autue o termo e, caso seja solicitado, forneça sua cópia para o acusado somente após a realização de todos os interrogatórios, de forma a diminuir a possibilidade de prévio conhecimento das perguntas, buscando preservar ao máximo a prova oral.* [153]

10.3.14.2. Direito do acusado ao silêncio e não autoincriminação

> *Constituição Federal – CF*
>
> *Art. 5º (...)*
>
> *LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;*
>
> *Código de Processo Penal – CPP*
>
> *Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.*
>
> *Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.*
>
> *Lei nº 13.869/2019 (crimes de abuso de autoridade)*
>
> *Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo:*
>
> *Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*
>
> *Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório:*
>
> *I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio; ou*

153 TEIXEIRA, 2020, p.1151.

O presidente da comissão deverá cientificar o servidor acerca dos fatos a ele atribuídos, informando-lhe da garantia constitucional de ficar calado e da impossibilidade de haver prejuízo em razão do exercício de tal direito. Diante dessa garantia, é inexigível do acusado o compromisso com a verdade, bem como o silêncio de sua parte não pode ser interpretado em seu desfavor e muito menos ser considerado como confissão.

O STF, ao julgar o Habeas Corpus nº 68.929, assim decidiu:

> *Ementa: "(...) Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. ´Nemo tenetur se detegere´. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal".*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 68.929/SP. Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 22/1/1991, publicado em 28/8/1992)*

Optando o acusado por não responder a qualquer pergunta sobre os fatos e circunstâncias objeto do processo disciplinar, deve a comissão registrar no termo de interrogatório a opção do acusado pelo exercício do direito ao silêncio, e encerrar o ato, já que continuar com o interrogatório de pessoa que tenha decidido exercê-lo pode caracterizar crime de abuso de autoridade, previsto no art. 15, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 13.869/2019).

No tocante à ausência do aviso da supracitada garantia no início do interrogatório, é importante consignar que tal fato somente ensejará nulidade caso se verifique, no caso concreto, efetivo prejuízo à defesa.

10.3.14.3. Interrogatório de vários acusados

Como visto, o § 1º do art. 159 da Lei nº 8.112/90 dispõe que, no caso de mais de um acusado, cada um deles será ouvido separadamente.

Ao dispor sobre as regras que devem ser observadas no interrogatório dos acusados na instância criminal, o Código de Processo Penal apresenta redação semelhante. Consta, no art. 191 daquele diploma legal, que "havendo mais de um acusado, serão ouvidos separadamente". Na interpretação de tal dispositivo, o entendimento predominante é no sentido de que é legítima a participação das defesas dos corréus nos interrogatórios dos outros acusados. A jurisprudência vem apontando nesta direção:

> *É legítimo, em face do que dispõe o artigo 188 do CPP, que as defesas dos corréus participem dos interrogatórios de outros réus. Deve ser franqueada à defesa de cada réu a oportunidade de participação no interrogatório dos demais corréus, evitando-se a coincidência de datas, mas a cada um cabe decidir sobre a conveniência de comparecer ou não à audiência.*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgRg na AP 470. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 6/12/2007, publicado em 13/3/2008)*

Assim, a CGU já possuía o entendimento de que, na seara disciplinar, também deveria ser permitido, à defesa dos outros acusados, assistir ao ato do interrogatório e formular as perguntas que entendesse pertinentes ao interrogado, como medida de garantia do exercício do direito ao contraditório.

O novo CPC, em seu art. 385, § 2º, transcrito em 10.3.14.1, impõe que se avance neste entendimento, no sentido de permitir a participação não somente das defesas, mas dos próprios acusados. Isto é o que se depreende da expressão "parte", utilizada na referida lei. Assim, os acusados poderão participar dos interrogatórios uns dos outros, pessoalmente, ou por meio dos seus procuradores.

Não obstante, cumpre assinalar que, em se tratando do processo disciplinar, não há que se falar em participação nos interrogatórios segundo um critério cronológico, como sugere o dispositivo legal aplicável, primordialmente, aos processos de natureza cível.

Tal se justifica porque, como hoje resta assentado, o processo disciplinar não presume a existência de defesa técnica (vide item 10.2, onde se trata da Súmula Vinculante nº 5 do STF) ou mesmo representação por qualquer procurador que seja, havendo a possibilidade de acompanhamento pessoal pelo servidor acusado. De seu lado, o interrogatório, no processo disciplinar, não é meramente um meio de prova, mas também, e principalmente, um meio de defesa, por ser a oportunidade de verbalizar a versão particular acerca dos fatos investigados.

Assim, aplicar a literalidade do dispositivo legal em tela, implicaria em que o acusado a ser ouvido por último, de acordo com a agenda da comissão, somente poderia participar dos interrogatórios anteriores se constituísse procurador. Tal, contudo, repise-se, não é obrigatório e, em razão disso, a aplicação literal poderia resultar, no caso concreto, em cerceamento de defesa, por tratamento não isonômico entre os acusados que acompanham o processo pessoalmente e aqueles que se fazem representar.

Desta forma, assenta-se que, no caso de mais de um acusado, todos poderão assistir aos interrogatórios, por si ou por seus procuradores, independentemente da cronologia dos atos e, caso se façam presentes, poderão, por meio da comissão, fazer as perguntas que julgarem oportunas, as quais estarão sujeitas ao juízo do colegiado, no que diz respeito à possibilidade de indeferimento de provas prevista no art. 156, § 1º da Lei nº 8.112/90.

Também o CPP dispõe sobre o procedimento para a realização de interrogatórios, consignando em seu art. 188 a possibilidade de participação das partes.

> *Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.*

Cabe ressaltar que, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a participação nos interrogatórios é restrita aos procuradores dos coacusados. Nesse sentido é a decisão exarada em sede de Agravo Regimental na ação penal nº 470:

> *EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. EXPEDIÇÃO DE CARTAS DE ORDEM INDEPENDENTEMENTE DE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. DECISÃO DO PLENÁRIO DA CORTE. IMPUGNAÇÃO POR AGRAVO REGIMENTAL. NÃO-CONHECIMENTO. INTERROGATÓRIOS. ORGANIZAÇÃO DO CALENDÁRIO DE MODO QUE AS DATAS DAS AUDIÊNCIAS REALIZADAS EM DIFERENTES ESTADOS DA FEDERAÇÃO NÃO COINCIDAM. PARTICIPAÇÃO DOS CO-REUS. CARÁTER FACULTATIVO. INTIMAÇÃO DOS DEFENSORES NO JUÍZO DEPRECADO. Não se conhece de Agravo Regimental contra decisão do relator que simplesmente dá cumprimento ao que decidido pelo Plenário da Corte. É legítimo, em face do que dispõe o artigo 188 do CPP, que as defesas dos co-réus participem dos interrogatórios de outros réus.* ***Deve ser franqueada à defesa de cada réu a oportunidade de participação no interrogatório dos demais co-réus****, evitando-se a coincidência de datas, mas a cada um cabe decidir sobre a conveniência de comparecer ou não à audiência. Este Tribunal possui jurisprudência reiterada no sentido da desnecessidade da intimação dos defensores do réu pelo juízo deprecado, quando da oitiva de testemunhas por carta precatória, bastando que a defesa seja intimada da expedição da carta. Precedentes citados.*
>
> *(AP 470 AgR, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 06/12/2007, DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008 EMENT VOL-02311-01 PP-00001 RTJ VOL-00204-01 PP-00015 LEXSTF v. 30, n. 354, 2008, p. 314-344) (grifou-se)*

É oportuno frisar que, além dos questionamentos que podem ser feitos no interrogatório dos outros servidores que também se encontram no polo passivo do processo, o direito ao contraditório também é

garantido no momento em que o acusado tem acesso a cópia do termo do mencionado ato, sendo possível tecer suas considerações por ocasião da apresentação da defesa.

10.3.14.4. Do não comparecimento do acusado

No dia do interrogatório, a comissão deve aguardar a chegada do acusado por, no mínimo, trinta minutos. Contudo, se devidamente intimado o acusado não comparecer, a comissão registrará o incidente em termo de não comparecimento, devendo tentar uma nova data para realização do ato.[154]

Caso o acusado opte por não exercer seu direito de defesa, ou deixe de comparecer novamente sem motivo, o processo disciplinar deverá prosseguir no seu curso normal, sem que haja o interrogatório, fato esse que não configura cerceamento de defesa, conforme entendimento da Advocacia-Geral da União e do Superior Tribunal de Justiça:

> *Parecer AGU nº GQ-102, não vinculante:*
>
> *(...)17. A Lei nº 8.112, de 1990, não condicionou a validade do apuratório à tomada do depoimento do acusado, nem a positividade das normas de regência autoriza a ilação de que este configura peça processual imprescindível à tipificação do ilícito. A falta do depoimento, no caso, deveu-se à conduta absenteísta do servidor quando intimado a prestar esclarecimentos (...).*
>
> *(...) De todo o exposto, resulta que o impetrante não foi interrogado pela comissão processante, porque recusou-se, por vinte vezes, a comparecer ao local designado, a despeito de estar gozando de perfeita saúde, em determinadas ocasiões. Em consequência, não há falar em cerceamento de defesa, sendo certo, ainda, que a eventual nulidade do processo, por esse motivo, não poderia ser aproveitada pela parte que lhe deu causa.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 7066/DF – 2000/0063355-0. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 27/11/2002, publicado em 16/12/2002)*

A ausência do acusado ou de seu procurador ao longo da fase de instrução não gera a favor da Administração Pública presunção de verdade da acusação, uma vez que a ela cabe o ônus probante.

Não há determinação legal no sentido de que a comissão designe defensor ad hoc ou solicite à autoridade instauradora designação de defensor dativo, mesmo porque, conforme já referido, se trata de ato personalíssimo.

10.3.14.5. Procurador do acusado

> *Lei nº 8.112/90:*
>
> *Art. 159 (...)*
>
> *§ 2º O procurador do acusado poderá assistir ao interrogatório, bem como à inquirição das testemunhas, sendo-lhe vedado interferir nas perguntas e respostas, facultando-se-lhe, porém, reinquiri-las, por intermédio do presidente da comissão.*

Segundo o dispositivo legal acima citado, verifica-se que o procurador poderá acompanhar o interrogatório, não havendo que se falar, porém, em nulidade na hipótese de sua ausência quando da tomada do interrogatório, até porque tal ato tem caráter personalíssimo.

Sobre o assunto, assim se manifesta Vinícius de Carvalho Madeira:

> *O procurador do(s) acusado(s) pode acompanhar o interrogatório e apesar de ser possível interpretar o § 2º do art. 159 da Lei nº 8.112/90 no sentido de que o advogado só pode fazer perguntas às testemunhas, nos seus depoimentos, e não ao acusado, no seu interrogatório, entendo que não há problemas em permitir que o advogado do acusado, a quem a lei garante expressamente o direito*

154 TEIXEIRA, 2020, p. 1141.

de participar do interrogatório faça perguntas ao seu cliente para ficarem registradas na ata de interrogatório com as respectivas respostas. Mas, repita-se, o § 2º do citado art. 159 garante expressamente a participação do advogado do acusado em seu interrogatório. Portanto, para se evitar problemas futuros com alegações de nulidade, a Comissão deve sempre intimar o advogado do acusado para participar de seu interrogatório, assim como o advogado deve ter sido intimado para participar da oitiva das testemunhas. Entretanto, se o advogado foi pessoalmente intimado – cópia da intimação assinada e juntada ais autos - a sua ausência injustificada no interrogatório ou no depoimento da testemunha não pode gerar nulidade do feito, não havendo necessidade de nomeação de defensor dativo pela Administração, pois isso seria a submissão à chicana do advogado, coisa que o Poder Judiciário – acredito – não chancelaria. [155]

Tese contrária poderia alegar o disposto no art. 185 do CPP, segundo o qual o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

Contudo, só é permitido trazer institutos do processo penal ao processo administrativo disciplinar em caso de lacunas, oriundas de omissão na Lei nº 8.112/90 e também na Lei nº 9.784/99. Nesse caso, a norma mais específica, qual seja, a Lei nº 8.112/90 abordou a matéria, ao prever apenas a possibilidade de acompanhamento do procurador.

Caso o acusado tenha interesse no assessoramento de um advogado, deve por ele ser providenciado, não cabendo à comissão designar defensor ad hoc ou solicitar designação de defensor dativo para acompanhar o acusado, e menos ainda deixar de realizar o ato sem o procurador.

A Advocacia-Geral da União assim se manifestou sobre a questão:

Parecer AGU nº GQ-99, não vinculante:

15. O regramento do inquérito administrativo é silente quanto ao comprometimento do princípio da ampla defesa, advindo, daí, vício processual insanável, na hipótese em que o acusado seja 'interrogado (fls. 125/126) sem se fazer acompanhar de advogado por ele constituído ou dativo designado pela Presidente da Comissão Processante'. 'De lege lata', esse é cuidado de que deve cercar-se o servidor, a seu talante, sem que constitua qualquer dever da c.i., por isso que não dimanante de lei, como se faria necessário, dado o princípio da legalidade que deve presidir a atuação do colegiado, 'ex vi' do art. 37 da Carta.

Acerca da possibilidade de o procurador formular perguntas ao seu cliente interrogado, após as perguntas do presidente e dos vogais, durante muito tempo entendeu-se que a redação do § 2º do art. 159 da Lei nº 8.112/90 não contemplaria tal possibilidade, haja vista que a redação do aludido dispositivo legal usou a expressão "reinquiri-las", referindo-se, portanto, somente às testemunhas.

Todavia, atualmente, a novel jurisprudência em matéria criminal – cujo processo é o sancionador por excelência - permite a inquirição do réu por seu próprio advogado, e também que este participe e inquira os corréus em seus interrogatórios. Neste sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INTERROGATÓRIO DO RÉU. FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS DIRETAMENTE PELO DEFENSOR. INDEFERIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 118 DO CPP. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O interrogatório, como ato de defesa do acusado e fonte de prova, submete-se ao princípio do contraditório, com direito de participação das partes no ato judicial. 2. A teor do art. 188 do CPP, o juiz, após proceder ao interrogatório, indagará da acusação e da defesa se restou algum fato a ser esclarecido, formulando ao réu as reperguntas que entender pertinentes e relevantes. (...) 5. Recurso ordinário não provido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 48.354/SP. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, julgado em 9/12/2014, publicado em 19/12/2014)

155 MADEIRA, 2008, p. 110.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DE REPERGUNTAS DE ADVOGADO DE UM DOS CORRÉUS AO OUTRO CORRÉU DURANTE O INTERROGATÓRIO. DECISÃO QUE VIOLA PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NULIDADE ABSOLUTA. PRECEDENTES. DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO SOMENTE QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA ANULAR A INSTRUÇÃO A PARTIR DO INTERROGATÓRIO. 1. A decisão que impede que o defensor de um dos réus repergunte ao outro acusado ofende os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da isonomia, gerando nulidade absoluta. 2. O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do ato. Precedentes. 3. Prejuízo devidamente demonstrado pela defesa quanto à imputação pelo crime de associação para o tráfico. Ausência de prejuízo com relação ao crime de tráfico de drogas. 4. Ordem parcialmente concedida para anular a instrução a partir do interrogatório quanto ao crime de associação para o tráfico de drogas.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 101648. Relatora: Ministra Carmem Lúcia, julgado em 11/5/2010, publicado em 8/2/2011)

Frise-se que cabe aqui a regra geral de que o presidente pode indeferir perguntas impertinentes e irrelevantes, a teor do artigo 156, parágrafo 1º da Lei nº 8.112/90, que caminha no mesmo sentido do artigo 188 do CPP. Ademais, é relevante pontuar que o procurador não pode interferir nas perguntas da comissão e nem nas respostas do interrogado, sem prejuízo de eventuais intervenções para que sejam observados aspectos formais da regularidade do ato.

10.3.14.6. Confissão

Código de Processo Penal - CPP

Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam.

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Art. 199. A confissão, quando feita fora do interrogatório, será tomada por termo nos autos, observado o disposto no art. 195.

Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.

Confessar é reconhecer a autoria da infração ou dos fatos objetos da investigação pelo acusado.

Guilherme Nucci assim descreve a confissão:

> *(...) é apenas o ato voluntário (produzido livremente pelo agente, sem qualquer coação), expresso (manifestado, sem sobre de dúvida, nos autos) e pessoal (inexiste confissão, no processo penal, feita por preposto ou mandatário, que atentaria contra a segurança do princípio da presunção de inocência).* [156]

Só podem confessar as pessoas que tenham a devida capacidade de entender e querer.

A confissão é um meio de prova como qualquer outro, colaborando para a demonstração da verdade dos fatos. Contudo, não significa, por si só, o imediato encerramento da busca da verdade material; é preciso confrontá-la com as demais provas constantes dos autos. Ou seja, a confissão é somente mais um elemento que será avaliado pelo colegiado responsável pela condução dos trabalhos ao se debruçar sobre o lastro probatório acostado ao processo.

156 NUCCI, 2006, p. 410.

Pode ocorrer a confissão tanto no interrogatório quanto em outros momentos do processo. Neste último caso, deve haver sua confirmação por prova oral e redução a termo ou gravação em audiovisual.

A confissão é uma prova divisível, haja vista que seu teor pode ser desmembrado. Assim, a comissão, contrapondo-a com outros elementos de prova constante dos autos, pode se convencer de parte do que foi admitido e desconsiderar o restante, cabendo ao servidor comprovar a parte não acatada pela comissão.

É possível a retratabilidade da confissão, de forma que o acusado venha a desdizer o que afirmou como verdade anteriormente. Todavia, a retratação não vincula a comissão, possuindo valor relativo. Em razão da livre apreciação das provas, é possível que o colegiado não se convença da retratação, sendo possível tomar como verdade a confissão anteriormente apresentada.

Com relação ao valor probatório da confissão, José Armando da Costa assevera que:

> *Na processualística moderna, a confissão tem validade apenas relativa, onde se constata, no dia-a-dia dos foros, que ela se robustece ou se definha, à medida que seu conteúdo discrepa ou não, respectivamente, das demais provas dos autos.* [157]

Destarte, tem-se que a confissão é mais um meio de prova, e na sua apreciação a comissão deverá confrontá-la com as demais provas do processo, para aferir se há compatibilidade entre as mesmas, cabendo-lhe a justa valoração.

10.3.15. Da Oitiva Fora da Sede

O art. 173 da Lei nº 8.112/90, em seu inciso I, somente assegura o pagamento de transporte e diárias ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado.

Por sua vez, o inciso II, do citado artigo, garante o pagamento de diárias e passagens aos membros da comissão e ao secretário, quando obrigados a se deslocarem da sede dos trabalhos para a realização de missão essencial ao esclarecimento dos fatos.

A redação legal não previu o pagamento de diárias e passagens ao acusado para acompanhar a produção de prova fora da sede de sua repartição, na hipótese de deslocamento da comissão para tal fim, nem tampouco abriu possibilidade de pagamento de diárias e passagens a pessoa que não seja servidor público, caso esta não resida na sede da comissão e haja necessidade de ser ouvida.

Assim, se a testemunha for servidor público, a oitiva poderá ser realizada no município do acusado, já que tanto aquela quanto os membros do colegiado terão direito a diárias e passagens.

Caso a testemunha seja um particular, por não fazer jus a diárias e passagens, a comissão deverá, num primeiro momento, verificar se haveria a possibilidade de a própria testemunha arcar com os custos do seu deslocamento até a sede da comissão. Caso a testemunha não possua condições ou não se disponha a arcar com esses custos, havendo disponibilidade orçamentária, a comissão decidirá sobre a possibilidade de se deslocar até a testemunha, sendo que, nesse caso, ao acusado deverá ser dada a opção de custear o seu próprio deslocamento ou de constituir procurador no local da oitiva.

Havendo impossibilidade, seja qual for o motivo, tanto de o particular arcar com os custos do seu deslocamento, quanto de a comissão deslocar-se até o particular para ouvi-lo na condição de testemunha, a Administração poderá custear as despesas com o deslocamento do particular para ser ouvido na condição de "colaborador eventual", com base na Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991 e no Decreto nº 5.992, de 19 de dezembro de 2006.

Nos termos do art. 4º, da Lei nº 8.162/91, correrão à conta das dotações orçamentárias próprias dos órgãos interessados, consoante se dispuser em regulamento, as despesas de deslocamento, de alimentação

157 COSTA, 2009, p. 104.

e de pousada dos colaboradores eventuais, inclusive membros de colegiados integrantes de estrutura regimental de Ministério e das Secretarias da Presidência da República, quando em viagem de serviço.

O Decreto nº 5.992/06, por sua vez, assegura, em seu artigo 10, que as despesas previstas no art. 4º da Lei nº 8.162/91, serão indenizadas mediante a concessão de diárias, correndo à conta do órgão interessado, imputando-se a despesa à dotação consignada sob a classificação de serviços, sendo que o dirigente do órgão concedente da diária estabelecerá o nível de equivalência da atividade a ser cumprida pelo colaborador eventual com a tabela de diárias.

Mesmo diante de tais previsões legais, a comissão deverá sempre avaliar qual a opção mais eficaz e menos onerosa para a Administração Pública como, por exemplo, a realização do ato por meio de videoconferência, como se comentará na sequência.

Se de fato restar comprovada a impossibilidade de deslocamento tanto do depoente, quanto da comissão, haverá ainda a possibilidade de se proceder à oitiva por videoconferência ou ainda, excepcionalmente, por meio de carta precatória, em analogia ao processo penal, nos moldes do art. 222, do CPP[158].

10.3.16. Realização de Videoconferência

A realização de atos processuais por meio de recursos de transmissão de sons e imagens, ao vivo e em tempo real, pode ser considerado um instrumento de cidadania a ser utilizado não apenas em defesa dos interesses da Administração e de toda a sociedade, mas em favor dos direitos dos próprios investigados.

Tratando-se do processo penal, a realização de atos processuais à distância passou a ser uma possibilidade concreta desde a entrada em vigor da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, que, alterando a redação do art. 217 do Código de Processo Penal – CPP, estabeleceu:

> *Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.*

A Lei nº 11.900, de 8 de janeiro de 2009, contudo, deu nova redação ao art. 222, do CPP, estendendo a possibilidade de realização de audiência à distância para colheita de prova testemunhal, não apenas em casos específicos, mas sempre que a testemunha morar fora da jurisdição do juiz.

> *Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.*

Note-se que, na esfera penal, quanto à possibilidade de realização de interrogatório do acusado por videoconferência, o legislador optou por limitá-la a casos excepcionais, conforme descrito no art. 185, CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.900/2009:

> *(...)*
>
> *§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tec-*

158 Art. 222, CPP. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes. § 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal. § 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será juntada aos autos. § 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

nológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

Como se percebe, no âmbito do Poder Judiciário, a possibilidade de realização de audiências e outros atos processuais pelo sistema de videoconferência encontra-se bastante consolidada no ordenamento jurídico brasileiro.

Nas justificativas apresentadas pelo Relator do Projeto de Lei do Senado nº 736, de 2007[159], que deu origem à Lei nº 11.900/2009, foi reconhecida a eficiência da utilização desse tipo de tecnologia em outras áreas do conhecimento humano (medicina, educação, engenharia), sendo ressaltada ainda a experiência positiva de outros países, que há muito encontraram na videoconferência um caminho para economia de tempo e recursos materiais em seus procedimentos, a exemplo dos Estados Unidos, Itália, França, Inglaterra, Argentina e Portugal.

Outro argumento considerado pelo legislador foi o contato praticamente direto entre a autoridade e o réu proporcionada por esse sistema. Nas palavras do Senador Romeu Tuma, relator do mencionado Projeto de Lei do Senado nº 736, de 2007:

> *(...) todas as expressões faciais são visíveis, o sistema de som é adequado, o foco ampliado permite que todas as pessoas partícipes da cena judicial se inteirem da realidade e não tenham qualquer dúvida sobre a identidade do réu, ou a respeito das condições favoráveis em que ele se encontra no momento da realização do ato processual (...). Está preservada, portanto, a observância estrita do contraditório, pois esta é de índole constitucional (...).*

Ou seja, apesar do comparecimento não ser físico, a nossa legislação reconheceu que, por meio do sistema de videoconferência, resta preservado o contato pessoal e direto entre as partes, não havendo que se falar em nulidade do ato.

Todas essas constatações, por analogia e pelos princípios gerais do direito, podem ser transportadas ao processo administrativo disciplinar. Em verdade, a utilização da teleconferência para a realização de atos processuais à distância, inclusive do interrogatório do acusado, coaduna-se com os princípios da legalidade, art. 5º, II, CF[160]; da eficiência, art. 37, CF[161]; da razoabilidade, art. 2º, parágrafo único, VI, Lei nº 9784/99[162] e do formalismo moderado, art. 2º, parágrafo único, VIII e IX, Lei nº 9784/99[163].

Ademais, nos termos do inciso LXXVIII, art. 5º, da Constituição Federal, assegura-se a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e todos os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, dentre os quais, indubitavelmente, inclui-se a realização de atos por teleconferência.

159 Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=39147&tp=1

160 CF, art. 5º - (…) *II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*

161 CF, art. 37. Art. 37 - *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. (...)*

162 Lei nº 9784/99, Art. 2º - *A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (…) VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;*

163 Lei nº 9784/99, art. 2º, Parágrafo Único, VIII – *observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; (...)*

A Administração Pública não deve, assim, se ater a rigorismos formais que dificultem a defesa e o bom andamento processual, devendo adotar formas simples, suficientes para garantir adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos essenciais dos administrados.

Vale ressaltar que a segurança, praticidade, celeridade, economicidade e eficiência do sistema de videoconferência já foram reconhecidas pelo Conselho Nacional de Justiça na oitiva de testemunha nos autos do Processo Administrativo Disciplinar nº 200910000032369, realizada pelo Conselheiro Walter Nunes, em Brasília, para inquirir testemunhas que estavam na seção judiciária da Justiça Federal de Manaus.

Nesses termos, por analogia à legislação processual penal, a oitiva de testemunha em processo administrativo disciplinar pelo sistema de videoconferência não encontra óbice legal, havendo a possibilidade de realizar-se sempre que a testemunha se encontrar fora da sede da comissão.

Nessa esteira, a CGU, no exercício das funções de órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, editou a Instrução Normativa CGU nº 12, de 1º de novembro de 2011, por meio da qual regulamentou a adoção de videoconferência na instrução de processos e procedimentos disciplinares. E, para afastar qualquer possível arguição de irregularidade, a IN CGU nº 14/2018, no art. 33, §11, não só reconheceu a videoconferência, como a estabeleceu como meio preferencial.

10.3.16.1. Procedimento da videoconferência

A realização de atos processuais à distância deverá ser decidida de ofício ou a pedido da defesa. O colegiado deve motivar expressamente sua decisão, como dispõe o art. 3º da IN/CGU nº 12/11, realizando a videoconferência para assegurar a todos a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação e, logicamente, para viabilizar a participação da testemunha que residir em local diverso da sede dos trabalhos da comissão disciplinar.

A Instrução Normativa CGU nº 5, de 19 de julho de 2013, reduziu de dez para três dias o prazo para intimação da pessoa a ser ouvida em audiências pelo sistema de videoconferência. Desta forma, o art. 4º da IN/CGU nº 12/11 passou a vigorar com a seguinte redação: "O Presidente da Comissão Disciplinar intimará a pessoa a ser ouvida da data, horário e local em que será realizada a audiência ou reunião por meio de videoconferência, com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis".

A medida objetiva atender à demanda das comissões disciplinares, que consideravam o prazo muito extenso, acarretando dificuldade na realização dos atos instrutórios e, ao mesmo tempo, desestimulando a utilização do sistema de videoconferência.

Deverá ser oportunizada aos acusados a faculdade de acompanhar pessoalmente ou por meio de procurador a audiência realizada por videoconferência, seja na sala em que se encontrar a comissão ou no local onde se localizar a pessoa a ser ouvida. O acusado ou seu procurador terá a possibilidade de arguir o depoente, por intermédio do presidente da comissão, se assim desejar.

Caso necessário, poderá ser solicitada a indicação de servidor para atuar como secretário ad hoc ao responsável pela unidade onde se encontrará o depoente, que desempenhará as atividades de apoio, tais como identificação dos participantes do ato, encaminhamento e recebimento de documentos, extração de cópias, colheita de assinaturas.

Conforme dispõe o art. 7º da IN nº 5/2020, que alterou a IN 12/2011, o registro audiovisual gerado em audiência será juntado aos autos, sem necessidade de transcrição ou redução a termo, sendo disponibilizado à defesa o acesso ao seu conteúdo ou à respectiva cópia.

O presidente da comissão assinará a ata de audiência, na qual registrará, pelo menos, a data, os locais e os participantes do ato.

10.3.16.2. Da realização do interrogatório por videoconferência

No que tange à realização de interrogatório à distância em sede disciplinar, o mesmo raciocínio utilizado pela Exma. Min. Ellen Gracie ao proferir seu voto no julgamento do HC 90900 SP, pode ser aplicado, bastando considerar que:

> *(...) além de não haver diminuição da possibilidade de se verificarem as características relativas à personalidade, condição sócio-econômica, estado psíquico do acusado, entre outros, por meio de videoconferência, é certo que há muito a jurisprudência admite o interrogatório por carta precatória, rogatória ou de ordem, o que reflete a ideia da ausência de obrigatoriedade do contato físico direto entre o juiz da causa e o acusado, para a realização do seu interrogatório. (litteris)*

Ultrapassa-se, assim, a concepção de que o comparecimento físico seja elemento essencial para a realização do interrogatório. Mesmo que o fosse, com base no art. 572, Código de Processo Penal[164], combinado com a Súmula STF nº 523[165], tal nulidade seria apenas relativa, podendo ser considerada sanada, uma vez que, apesar de praticado de outra forma, o ato, desde que resguardados os direitos do interrogado, teria atingido o seu fim.

Neste sentido, tomadas as cautelas que atestem a livre manifestação do interrogado, assegurando-lhe inclusive o direito de permanecer calado, e cumpridas todas as demais formalidades legais, o interrogatório realizado por videoconferência pode ser considerado válido, não implicando em nulidade se do ato não resultar ocorrência de qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa.

As vantagens da realização de atos processuais na esfera administrativa pelo sistema de teleconferência são inúmeras, sendo dever da Administração Pública a busca constante pelo aprimoramento dos serviços prestados à sociedade, com o aumento da produtividade e da eficiência, garantindo uma prestação administrativa justa, célere, efetiva e com o menor dispêndio possível, sem prejuízo da qualidade, em atenção aos princípios da economicidade e do interesse público.

Assim, quando de outro modo não se puder alcançar a adequada produção da prova, a comissão poderá realizar o interrogatório à distância, sempre observando os direitos do acusado. Neste sentido, é válido fazer alusão ao Enunciado nº 7 da CGU:

> *No âmbito do Processo Administrativo Disciplinar e da Sindicância é possível a utilização de videoconferência para fins de interrogatório do acusado.*
>
> *Enunciado CGU nº 7, publicado no DOU de 16/12/2013, seção 1, página 11*

Vale dizer que, hoje, o art. 385, § 3º do Código de Processo Civil reforça esta possibilidade de realização do interrogatório por videoconferência.

Considerando todo o exposto, é importante mencionar que, além da oitiva de testemunha e do interrogatório, todos os demais atos probatórios, a exemplo de acareações, investigações e diligências[166], podem ser realizados por meio da videoconferência, , observados os direitos e garantias do acusado.

10.3.17. Carta Precatória

Diante da impossibilidade de deslocamento da comissão ou do depoente, por analogia ao disposto art. 222 do CPP, a comissão poderá solicitar a designação, pela autoridade competente local, de outra comissão ou servidor público para realizar a oitiva, por meio da carta precatória específica para este fim.

164 CPP. Art. 564 - A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...) IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato; CPP. Art. 572 - As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas: I - se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior; II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim; III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

165 STF. Súmula nº 523. No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

166 Lei nº 8.112/90, Art.155 - Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos.

Vale, contudo, atentar para os ensinamentos de José Armando da Costa, o qual recomenda:

> *(...) que as comissões não abusem do recurso à carta precatória, já que é discutível a validade plena dos atos processuais realizados fora do processo e por uma só pessoa. Processualmente, há muita diferença entre os atos de um colegiado e os que são realizados por uma só autoridade. Os primeiros são, obviamente, dotados de maior credibilidade jurídico-processual.*[167]

A realização da oitiva por meio de carta precatória deverá ser deliberada em ata, devendo a comissão definir o que desejará indagar ao depoente, formulando as perguntas. Após, o colegiado deverá notificar o acusado da realização da oitiva por carta precatória, bem como do teor das perguntas, para que o acusado possa, caso entenda necessário, acrescentar outros questionamentos. Os quesitos complementares devem ser apresentados em 5 dias corridos, em observância aos artigos 24 e 41 da Lei 9.784/99[168]. Aqui se aplica novamente, a possibilidade de a CPAD indeferir as perguntas julgadas impertinentes, a teor do art. 156, § 1°, da Lei n° 8.112/90.

A comissão remeterá as perguntas por carta precatória à autoridade do local da realização do ato, solicitando a designação de servidor ou comissão para a coleta da oitiva. O depoente deverá ser intimado da realização do ato, especificando-se dia, hora e local.

Ao acusado e ao seu procurador será assegurada a prerrogativa de, caso prefiram, custear o próprio deslocamento, fazendo-se comparecer pessoalmente no local do depoimento.

O servidor/comissão designada deverá fazer as perguntas oralmente e reduzir a termo as respostas, devendo se limitar ao rol de perguntas previamente elaboradas pela comissão, não lhe sendo permitido elaborar novas perguntas. Após a realização da oitiva, o termo, devidamente assinado pelos presentes ao ato, é enviado à comissão para acostamento nos autos.

10.3.17.1. Interrogatório por Carta Precatória

Tendo em vista a necessidade de reduzir custo e tempo da apuração disciplinar, a comissão deverá sempre avaliar a possibilidade de realizar o interrogatório por meio de videoconferência, quando não estiver na mesma localidade do (s) acusado (s). Não sendo, por qualquer motivo, viável e/ou oportuno, a comissão deverá avaliar as demais possibilidades previstas na legislação, conforme se menciona abaixo.

Relembrando os termos do art. 173, I, da Lei nº 8.112/90, são asseguradas diárias e passagens ao servidor convocado para prestar depoimento fora da sede de sua repartição, na condição de testemunha, denunciado ou indiciado.

Por vezes, o acusado pode ser ex-servidor (seja aposentado, exonerado ou demitido) que responde por ato cometido à época do exercício do cargo. A Lei nº 8.112/90, neste caso, não lhe assegurará diárias e passagens, caso precise se deslocar até a sede da comissão para realização de atos.

Nessa hipótese, recusando-se o acusado em arcar com as despesas do seu comparecimento à sede da comissão, verifica-se a possibilidade de a Administração arcar com as diárias e passagens dos membros da comissão para a realização do ato no local em que o acusado estiver.

Havendo inviabilidade orçamentária, o acusado ex-servidor, tal como o particular testemunha, poderá ser ouvido como colaborador eventual, com base no art. 4º, da Lei nº 8.162/91[169] e no Decreto nº

167 COSTA, 2011, p. 242.

168 Lei nº 9.784/99 - Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior; Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização. Parágrafo único: O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.

169 Lei nº 8.162/01, Art. 4º - Correrão à conta das dotações orçamentárias próprias dos órgãos interessados, consoante se dispuser em regulamento, as despesas de deslocamento, de alimentação e de pousada dos colaboradores eventuais, inclusive membros de colegiados integrantes de estrutura regimental de Ministério e das Secretarias da Presidência da República, quando em viagem de serviço. (Redação dada pela Lei nº 8.216, de 13/08/91)

5.992/06[170]. Contudo, se essa também não se mostrar uma opção viável, a comissão poderá interrogá-lo por teleconferência ou por carta precatória.

A comissão, ante a impossibilidade de realização do ato por outra forma, decidirá em ata pelo interrogatório por carta precatória e definirá as perguntas que deverão ser realizadas. A relação das perguntas será remetida à autoridade deprecada do local onde o acusado se encontrar. Nesses casos, é recomendável que a autoridade deprecada seja o chefe da unidade local.

A autoridade deprecada designará servidor ou comissão para proceder ao interrogatório, que se limitará à leitura das perguntas e ao registro das respostas em termo que posteriormente será remetido à comissão deprecante, devidamente assinado pelos presentes ao ato. O servidor/comissão designado não poderá acrescer novas perguntas ao rol elaborado pela comissão deprecante.

Note-se que a intimação do acusado para comparecer ao interrogatório determinará data, hora e local de realização do ato e observará o prazo de três dias úteis do art. 41, da Lei nº 9.784/99.

10.3.18. Restrições à produção de provas no processo administrativo disciplinar

10.3.18.1. Provas ilícitas

10.3.18.1.1. Pertinência da prova requerida

O ordenamento jurídico abarca, mediante observância aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, a confecção de todos os meios de provas lícitos, bem como os moralmente legítimos, em prol dos interesses a serem defendidos, garantindo, assim, a efetiva participação das partes no processo.

Nesse contexto, o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil disciplinam, a partir da garantia constitucional do art. 5º, LV, CF, a instrução probatória, seguidos pela legislação específica, como é o caso da Lei nº 8.112/90, que, subsidiariamente, estabelece em seu art. 155, de forma exemplificativa, os meios de provas para o processo administrativo disciplinar.

Assim, na apuração das transgressões disciplinares, utiliza-se o acervo dos meios probatórios admitidos em direito, como comprovado a seguir:

> *Essa abertura a todos os meios comprobatórios é uma consequência natural e lógica do princípio processual disciplinar que sacramenta o predomínio da verdade substancial sobre a formal. Se o inarredável compromisso da processualística disciplinar é com a veracidade das ocorrências funcionais, não poderá o Direito Processual Disciplinar, de modo apriorístico, rechaçar esse ou aquele meio de comprovação dos fatos.* [171]

10.3.18.1.2. Da idoneidade probatória questionada

A prova tem um objetivo claramente definido no processo: a reconstituição dos fatos investigados. No entanto, a veracidade da pretensão, com a busca da construção da verdade, não contempla a introdução de provas cujos meios de produção não atentem ao limite imposto pela Constituição Federal – os direitos e as garantias fundamentais.

Assim preconiza o art. 5º, LVI, CF, "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Tal regra se aplica a todos os procedimentos judiciais e administrativos.

170 Decreto nº 5.992/06, Art. 10 - As despesas de alimentação e pousada de colaboradores eventuais, previstas no art. 4 da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, serão indenizadas mediante a concessão de diárias correndo à conta do órgão interessado, imputando-se a despesa à dotação consignada sob a classificação de serviços. § 1º - O dirigente do órgão concedente da diária estabelecerá o nível de equivalência da atividade a ser cumprida pelo colaborador eventual com a tabela de diárias.

171 COSTA, 2011, p. 96.

O mesmo tema está disposto no art. 157 do Código de Processo Penal[172], bem como no art. 30 da Lei nº 9.784/99[173] e no art. 25 da Lei de Abuso de autoridade, que criminaliza a conduta de agentes públicos que atuam em procedimento de investigação ou fiscalização e nessa condição, com alguma das finalidades específicas dispostas no art. 1º §1º (prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal), procedem à obtenção de prova por meio manifestamente ilícito ou fazem uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

A título de exemplo, são provas ilícitas as obtidas por violação de domicílio ou de correspondências, confissões alcançadas com a utilização de torturas e interceptações telefônicas sem observância ao procedimento legal específico. A propósito, também constitui crime de abuso de autoridade realizar, interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei (cf. art. 10 da Lei nº 9.296/96, com a redação dada pelo art. 41 da mencionada Lei nº 13.869/2019). Logo, as comissões disciplinares devem se atentar para não obter e utilizar prova sem a devida autorização judicial ou em desacordo com a lei.

Em decorrência, a vedação a tais provas pela Carta Magna tutela não só a qualidade do material probatório a ser valorado nos autos, mas também direitos e garantias individuais, sobretudo o direito à intimidade, à privacidade, à imagem, previstos no art. 5º, X, bem como direito à inviolabilidade do domicílio, art. 5º, XI, e sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, art. 5º, XII.

> *Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *(...)*
>
> *X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*
>
> *XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;*
>
> *XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

Além disso, há normas de direito material ou substancial e de direito processual ou adjetivo. As primeiras estabelecem direitos, obrigações e responsabilidades, a exemplo da Constituição Federal, Código Civil, Código Penal, Lei de Abuso de Autoridade, dentre outras. As segundas referem-se ao direito processual, que preconiza o rito, o procedimento persecutório no processo, como o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil e outros.

Dentro do ordenamento jurídico, as provas que, em princípio, são concebidas apenas com afronta a algum preceito estabelecido por uma norma de direito processual, são denominadas como ilegítimas. Sobre elas, obtidas com inobservância ao procedimento estabelecido pelo rito adequado, recairá uma sanção processual que poderá repercutir na declaração de nulidade absoluta e insanável ou na nulidade relativa e sanável. A valoração dessas provas no processo, mesmo com prejuízo decorrente da falta da formalidade estabelecida para o feito, não acarretará a exclusão destas do processo.

Já as provas produzidas com afronta a alguma norma de direito material terão o ingresso no processo comprometido desde o momento de sua admissão, uma vez que serão ilícitas. O art. 5º, LVI, CF, refere-se

172 Código de Processo Penal, Art.157 - São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

173 Lei nº 9.784/99, Art. 30 - São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.

a essas provas específicas, produzidas sem observância aos critérios definidores de direitos, obrigações e responsabilidades, como inadmissíveis no processo.

Para esclarecer como ocorre o procedimento de construção da prova, pode-se descrever as seguintes etapas do percurso de produção da prova:

a) requerimento: ocorre com a indicação (ou proposta) da necessidade de produção daquela prova específica;

b) admissão: juízo prévio de mera admissibilidade de produção da prova pela autoridade (judicial ou administrativa);

c) produção: introdução da prova no processo. Ex.: oitiva de testemunha, perícia, dentre outras; e

d) valoração: avaliação do conteúdo da prova, juízo de mérito pela autoridade responsável.

Nesse contexto, quando o art. 5º, LVI, CF, estabelece que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, está inviabilizando a prova no segundo momento de sua produção, uma vez que veda a prova ilícita no momento do juízo de sua admissibilidade pela autoridade administrativa ou judicial.

10.3.18.1.3. "Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada"

A "Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada", cuja origem se atribui à jurisprudência norte-americana[174], vem como reforço ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Por essa Teoria, entende-se que a prova derivada exclusivamente de prova ilícita também estaria contaminada pela ilicitude, mesmo que o processo de construção da nova prova fosse isento de qualquer mácula – sem afronta às garantias constitucionais. Ocorre aqui a comunicabilidade das provas ilícitas com todas aquelas que dela derivarem, consoante prega o Código de Processo Penal:

> *Art. 157. (...)*
>
> *§ 1º. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.*
>
> *§ 2º. Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação e da instrução criminal, seria capaz e conduzir ao fato.*

A contaminação da prova derivada depende, sobretudo, da obtenção da prova a cuja existência somente se teria chegado a partir da prova ilícita, uma vez que, podendo haver outros meios de se chegar a essa prova secundária (provas lícitas), razão não há para aquela ser tida como prova ilícita por derivação.

O entendimento preponderante na doutrina e na jurisprudência pátria é o de que as provas ilícitas e as suas derivadas, não obstante sua inadmissibilidade no processo, não têm o poder de anulá-lo; devem, pois, ser desentranhadas dos autos, permanecendo válidos atos e provas já produzidos sem a mácula da contaminação.

174 STF- 2ª T. HC nº 74.116/SP, DJU de 14.3.1997, e HC nº 76.641/SP DJU de 5.2.1999

No julgamento abaixo, o STF afastou a nulidade processual, apesar de a prova ilícita ter facilitado as investigações, sem ser, contudo, indispensável ao contexto probatório:

> *Escuta Telefônica. Indeferido habeas corpus impetrado sob alegação de haver sido o paciente condenado com base em provas ilícitas (informações provenientes de escuta telefônica autorizada por juiz, antes da Lei nº 9296/96). A Turma entendeu que essas informações, embora houvessem facilitado a investigação - iniciada, segundo a polícia, a partir de denúncia anônima - não foram indispensáveis quer para o flagrante, quer para a condenação.*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 74.152/SP. Relator: Ministro Sydney Sanches, julgado em 20/8/1996)*

Ainda nesse sentido, o mesmo Tribunal decidiu que:

> *(...) descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita.*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 75.892/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio, publicado em 17/4/1998)*

Considera-se que, na prática, a depender do caso concreto, pode haver dificuldades em identificar a derivação de uma prova de outra tida como ilícita. Dessa forma, recomenda-se cautela na análise dessa derivação. Nesses termos, verifica-se a construção doutrinária abaixo:

> *Com efeito, interpretada em termos absolutos, alguns delitos jamais poderiam ser apurados, se a informação inicial de sua existência resultasse de uma prova obtida ilicitamente (por exemplo, escuta telefônica). Pode-se objetar: esse é um problema do Estado, que foi o responsável pela violação de direitos na busca de provas.*
>
> *Ocorre, todavia, que, prevalecendo esse entendimento, ou seja, no sentido de que todas as provas que forem obtidas a partir da notícia (derivada de prova ilícita) da existência de um crime são também ilícitas, será muito mais fácil ao agente do crime furtar-se à persecução penal. Bastará ele mesmo produzir uma situação de ilicitude na obtenção da prova de seu crime, com violação a seu domicílio, por exemplo, para trancar todas e quaisquer iniciativas que tenham por objeto a apuração daquele delito então noticiado.*
>
> *Impõe-se, portanto, para uma adequada tutela também dos direitos individuais que são atingidos pelas ações criminosas, a adoção de critérios orientados por uma ponderação de cada interesse envolvido no caso concreto, para se saber se toda a atuação estatal investigatória estaria contaminada, sempre, por determinada prova ilícita. Pode-se e deve-se recorrer, ainda mais uma vez, ao critério da razoabilidade (ou proporcionalidade, que, ao fim e ao cabo, tem o mesmo destino: a ponderação de bens e/ou o juízo de adequabilidade da norma de direito ao caso concreto).*[175]

10.3.18.1.3. Excludente de ilicitude da prova

O ordenamento jurídico forma um sistema intercomunicante, nele convivendo valores dispostos em sentidos distintos de modo que, em alguns casos, um princípio se sobrepõe a outro mais relevante para o caso concreto.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, à medida que declara os direitos e estabelece as garantias, consagra bens primorosos na esfera do indivíduo e da coletividade; essas garantias não podem, no entanto, ser utilizadas como pressuposto para a prática de atividades ilícitas, nem para afastar ou diminuir a responsabilidade civil ou penal por atos criminosos.

Dessa forma, a doutrina penalista dispõe acerca do aproveitamento de prova cuja ilicitude foi excluída, em razão de causas de justificação[176]. Se ocorrer, no caso concreto, situações que justifiquem o afastamento

175 OLIVEIRA, 2007, p. 316.

176 Idem, p. 321.

da ilicitude da prova, como a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito[177], razão não há para que a produção daquela prova infringisse normas do direito material. Nesse sentido, o STF decidiu que:

> *(...) é lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 75.3388/RJ, Relator: Ministro Nelson Jobim, julgado em 11/3/1998)*

10.3.18.1.4. Princípios constitucionais e provas ilícitas

À Administração Pública atribui-se a observância aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consagrados no art. 37 da CF, cabendo ao agente público atuar em conformidade com eles. Daí se conclui que, em face da diferença de valores a ser analisada no caso concreto, ponderando-se os princípios constitucionais, o interesse público sobressairá ao privado; não pode, então, o agente público, no exercício de sua função, alegar inviolabilidade da vida pessoal em detrimento da coisa pública.

Dessa forma, fala-se em relativização dos direitos e das garantias individuais e coletivas diante da probidade administrativa. Vejamos o comentário de Alexandre de Moraes, sobre um voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

> *Como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, analisando hipótese de gravação clandestina de conversa de servidor público com particular, " não é o simples fato de a conversa se passar entre duas pessoas que dá, ao diálogo, a nota de intimidade, a confiabilidade na discrição do interlocutor, a favor da qual, aí sim, caberia invocar o princípio constitucional da inviolabilidade do círculo de intimidade, assim como da vida privada".*
>
> *Portanto, as condutas dos agentes públicos devem pautar-se pela transparência e publicidade, não podendo a invocação de inviolabilidades constitucionais constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, que permitam a utilização de seus cargos, funções e empregos públicos como verdadeira cláusula de irresponsabilidade por seus atos ilícitos, pois, conclui o Ministro Sepúlveda Pertence, inexiste proteção à intimidade na hipótese de "uma corrupção passiva praticada em Administração Pública.*

10.3.18.2. Provas requeridas com o afastamento das cláusulas da reserva de sigilo

A CF discrimina a proteção às liberdades públicas, como o direito à vida, à intimidade, à privacidade, à honra, à imagem (inciso X, art. 5º), bem como ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados (primeira parte do inciso XII, art. 5º). Entretanto, essas garantias não são absolutas, a exemplo das exceções contidas no próprio texto constitucional, como é o caso do sigilo das comunicações telefônicas (parte final do inciso XII, art. 5º), e da inviolabilidade de domicílio (inciso XI, art. 5º), dentre outras.

Pode-se dizer, com isso, que no sistema constitucional brasileiro não existem direitos absolutos e em situações fáticas poderá haver o confronto entre dois ou mais valores protegidos pela Constituição, cabendo um juízo de proporcionalidade para a solução desse conflito. Como anota o STF no MS nº 23.452:

> *Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas, individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.*

177 Código Penal, Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I- em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III- em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Nesse contexto, a legislação pertinente possibilita o afastamento das cláusulas de reserva de sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF e Lei nº 9.296/96), do sigilo fiscal (art. 198 do CTN, modificado pela Lei Complementar nº 104/2001) do sigilo bancário (Lei Complementar nº 105/2001), tendo em vista a necessidade de aparelhar o Estado com informações que auxiliem no combate a ilícitos administrativos e penais, em que deve prevalecer o interesse público.

Em razão de se tratar de garantias constitucionais, o afastamento do sigilo só ocorrerá em situações excepcionais, diante da existência de fundados indícios de grave irregularidade, devendo os dados solicitados serem utilizados de forma restrita, de acordo com a finalidade que justificou o afastamento do sigilo pela autoridade competente. Dessa maneira, cabe aos agentes públicos a preservação do sigilo das informações recebidas em relação às pessoas estranhas ao processo.

10.3.18.3. Busca e apreensão

O inciso XI do art. 5º da CF diz que *a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro ou durante o dia, por determinação judicial.*

Logo, se no curso da apuração houver necessidade de ser colhida prova com diligências à casa do servidor, a busca desse material depende de sua autorização. Caso esta não ocorra, ou quando a requisição dessa autorização possa frustrar a coleta da prova (como a destruição da mesma, por exemplo), é necessário obter autorização judicial. Para isso, a comissão poderá solicitar à Advocacia-Geral da União ou à procuradoria do órgão ou entidade que requeira a busca e apreensão junto ao juízo competente.

Observa-se que a busca e apreensão é restrita às provas que instruam o processo em curso, não incluindo aqui as que extrapolam esse objeto e que invadam a intimidade ou vida privada do servidor, em afronta ao inciso IX do art. 5º da CF.

> *E se (...) houver a notícia de que a coisa buscada se encontra na residência ou domicílio de servidor ou de terceiro, pode a Comissão promover sua busca e apreensão?*
>
> *A resposta é, em princípio, pela negativa. Poderá haver o pedido e se houver o consentimento do morador e a entrega pacífica da coisa, a questão está resolvida. No entanto, em havendo recusa, não tem a Comissão competência para promover esta diligência. Somente a autoridade judiciária é que poderá determinar esta providência. Mas, dependendo da relevância, pode a autoridade administrativa instauradora pedir esta providência ao Juiz competente.*[178]

Vale lembrar que, existindo essa prova em outro processo (administrativo ou judicial) a comissão poderá solicitar o compartilhamento dessa prova, a qual será considerada como prova emprestada.

10.3.18.4. Interceptação telefônica

O inciso XII do art. 5º da CF estabelece a vedação à interceptação de atos de correspondência ou de comunicação telegráfica ou de dados e das comunicações telefônicas, ressalvado para estas últimas a permissão de afastamento do sigilo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Considerou o legislador constitucional a necessidade de, no caso das comunicações telefônicas, a prova ser colhida no momento da conversa entre os dois interlocutores, em prol de interesses mais relevantes do que o próprio direito à intimidade e à privacidade. Assim, previu a prova obtida mediante a interceptação telefônica, na forma e para os fins determinados na lei. Nesse sentido, a Corte Suprema manifestou-se no Recurso Extraordinário nº 219.780:

> *(...) o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados. Essa é*

178 REIS, 1999, p. 136

> *a razão pela qual a única interceptação que se permite é a telefônica, pois é a única a não deixar vestígios, ao passo que nas comunicações por correspondência telegráfica e de dados é proibida a interceptação porque os dados remanescem; eles não são rigorosamente sigilosos, dependem da interpretação infraconstitucional para poderem ser abertos. O que é vedado de forma absoluta é a interceptação da comunicação da correspondência, do telegrama. Por que a Constituição permitiu a interceptação da comunicação telefônica? Para manter os dados, já que é a única em que, esgotando-se a comunicação, desaparecem os dados. Nas demais, não se permite porque os dados remanescem, ficam no computador, nas correspondências, etc.*

A regulamentação da parte final do inciso XII, art. 5º, CF, veio com a edição da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que tornou válida a interceptação telefônica para fins de instrução exclusivamente em sede penal, podendo ser determinada de ofício pelo juiz ou requerida por autoridade policial ou pelo Ministério Público Federal e autorizada por ordem judicial (art. 3º), seguido os trâmites estabelecidos naquele diploma legal regulamentador.

Ainda nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.296/96, a prova válida se refere à gravação de conversa telefônica (o ato em que duas pessoas conversam ao telefone) feita por terceiro, sem conhecimento dos dois interlocutores, sob segredo de justiça, com indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão. Ademais, registre-se que se deve demonstrar a impossibilidade de provar o delito por outros meios legalmente permitidos.

Em razão de a decretação de quebra do sigilo telefônico requerer a existência de investigação criminal ou instrução penal em curso, não há que se falar na autorização da violação da garantia à intimidade da comunicação telefônica no processo administrativo disciplinar. Diante de tal situação, havendo investigação criminal ou instrução penal com o compartilhamento do teor de conversa telefônica, a sede disciplinar, ao considerar a real necessidade de utilização dessa prova (não existindo outros meios de prova que a substitua), poderá se utilizar desse meio probatório como prova emprestada. Assim salientou o Ministro Cezar Peluso, no MS nº 26.249/DF:

> *(...) não é disparatado sustentar-se que nada impedia nem impede, noutro procedimento de interesse substancial do mesmo Estado, agora na vertente da administração pública, o uso da prova assim produzida em processo criminal.*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MC em MS nº 26.249/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso, publicado em 14/3/2007)*

Conforme decisão do STJ no Mandado de Segurança nº 17.732, a disponibilização do registro histórico das ligações (originadas ou recebidas) de uma linha telefônica, bem como o registro de dados, de horários e de duração das chamadas, fornecidas pelas operadoras de telefonia, não estão incluídas nos permissivos do inciso XII do art. 5º da CF e na Lei nº 9.296/96. No entanto, esses dados também estão protegidos por sigilo, e a sua disponibilização depende de autorização judicial: *(…) a quebra do sigilo dos dados telefônicos contendo os dias, os horários, a duração e os números das linhas chamadas e recebidas não se submete à disciplina das interceptações telefônicas regidas pela Lei nº 9.296/96 (…)* (STJ – Mandado de Segurança nº 17.732.)

A interceptação telefônica que não atenda aos requisitos legais da Lei nº 9.296/96 será crime, mediante previsão de seu art. 10, "*realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei*".

Necessário ressalvar que, no caso de telefone de propriedade da Administração, não há que se falar em sigilo dos dados telefônicos, uma vez que se trata de instrumento de trabalho. Insta destacar, contudo, que nesses casos não serão obtidos o conteúdo dos diálogos, mas tão somente os registros das ligações

realizadas. Desse modo, tratando-se de telefone funcional, cedido ao servidor, a comissão poderá solicitar ao setor responsável os extratos das contas telefônicas, independente de autorização judicial.

10.3.18.5. O Correio eletrônico ou e-mail institucional e e-mail particular privado - critérios de utilização como prova

O correio eletrônico ou e-mail institucional utilizado pelos servidores é uma ferramenta de trabalho disponibilizada pela Administração Pública que poderá, ou não, ter seu uso discriminado em normas internas do órgão.

Assim, não constitui afronta à primeira parte do art. 5º, XII, CF o uso das informações contidas no e-mail institucional do servidor, não se justificando a alegação de preservação de intimidade. Isso se justifica em razão de o e-mail corporativo ter seu uso restrito a fins do trabalho, o que confere à Administração o acesso a ele ou o seu monitoramento, sem que seja necessária autorização judicial.

> *(...) entende-se que se o correio eletrônico de onde se retirou a prova é institucional, por ser ele do serviço público e não privativo do servidor, a prova poderá ser utilizada.*[179]

Nesta direção, é válida a citação das duas decisões abaixo, as quais, apesar de tratarem de casos envolvendo a esfera privada, apresentam relevantes fundamentos acerca do tema:

Dano moral. Não caracterização. Acesso do empregador a correio eletrônico corporativo. Limite da garantia do art. 5º, XII da CF.

> *1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados. 2. A natureza da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar o sigilo da correspondência - manuscrita, impressa ou eletrônica - da pessoa - física ou jurídica - diante de terceiros. 3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional - da pessoa jurídica -, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela. 4. Assim, se o "e-mail" é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em "e-mail" corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema "gmail" do Google, de acesso universal.*
>
> *Empresa pode verificar e-mail corporativo de funcionário. O acesso da empresa ao correio eletrônico institucional do empregado não caracteriza violação de privacidade. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, deve criar o próprio e-mail. O entendimento foi adotado pela Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que negou o pedido de indenização por dano moral feito por ex-empregado da Esso Brasileira de Petróleo Ltda. que teve o e-mail investigado pela chefia. O ex-analista de suporte ao cliente prestara serviços por quase 16 anos à Esso quando foi demitido, em março de 2002. Ele alegou, na Justiça Trabalhista, que a empresa só poderia verificar o conteúdo dos seus e-mails se tivesse uma autorização judicial. Por outro lado, a Esso afirmou que investigou o e-mail porque suspeitava que o empregado enviava mensagens pornográficas e de piadas – o que não era compatível com o uso do correio eletrônico fornecido como instrumento de trabalho.*
>
> *(BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. RR nº 9.961/2004-015-09-00.1, julgado em 11/3/2009)*[180]

Diferentemente do que foi exposto em linhas anteriores, no caso do e-mail de uso particular do servidor, fornecido por provedor comercial de acesso à internet, a intimidade de suas informações está assegurada constitucionalmente, sendo seus dados invioláveis pela Administração.

179 MADEIRA, 2008, p. 114 e 115.

180 Fonte: TRT da 2ª Região – Boletim Informativo Nº 3-B/2009 - 6/3/2009 a 12/3/2009.

Ocorre que, havendo necessidade de utilização de informações provenientes do e-mail privado do servidor, para fins apuratórios, a disponibilização desses dados depende da autorização judicial, conforme previsão da Lei nº 9.296/96, que, no parágrafo único do art. 1º, estende o compartilhamento do sigilo à interceptação do fluxo das comunicações em sistemas de informática (a exemplo do e-mail pessoal) e telemática (como modem e fac-símile). Daí ser aceito o mesmo procedimento discriminado para as comunicações telefônicas para o compartilhamento do sigilo desses fluxos de dados.

10.3.18.6. Gravações clandestinas (telefônica e ambiental)

As gravações clandestinas feitas por telefone ou as gravações ambientais, realizadas por um dos interlocutores ou com o consentimento de um deles, sem que haja conhecimento dos demais, não serão consideradas ilícitas se houver justa causa para sua divulgação. Ou seja, sua utilização deverá ser como meio de prova em defesa de direito ou interesse próprio ou de terceiro (nunca para acusação).

O STF reconheceu a repercussão geral dessa matéria e admite as gravações telefônicas clandestinas em hipóteses excepcionais, assim como as gravações entre presentes (ambientais). Tal entendimento restou consubstanciado nos seguintes julgados:

> *CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - A gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. (...)*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 503617 AgR/PR. Relator: Ministro Carlos Velloso, julgado em 1/2/2005)*
>
> *Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal Federal HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, Sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma.*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 212081/RO. Relator: Ministro Octavio Gallotti, julgado em 5/12/1997)*
>
> *Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade.*
>
> *O interesse público deve prevalecer sobre a manutenção do sigilo da conversação telefônica envolvendo prática delitiva. (...) A Carta Magna não criou sigilo para beneficiar e privilegiar infratores e perturbadores da ordem na esfera dos direitos individuais e comuns. (...)*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 74.678)*

10.3.18.7. Afastamento do sigilo fiscal – art. 198, CTN e Lei Complementar nº 104/2001

Regra geral, é dever do agente do Fisco manter o sigilo dos dados de natureza fiscal a que tenha acesso em razão de seu ofício. A inobservância dessa regra pode gerar a incidência no descumprimento do dever funcional do art. 116, VIII, Lei nº 8.112/90, bem como resultar em penalidade mais grave, conforme previsão do art. 132, IX, Lei nº 8.112/90, sem prejuízo das sanções de natureza penal. No entanto, o art. 198 do Código Tributário Nacional, alterado pela Lei Complementar nº 104/2001, discrimina, em seu art. 1º, exceções a essa regra:

> *Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.*
>
> *§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:*
>
> *I - requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;*
>
> *II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da administração pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.*
>
> *§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da administração pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.*
>
> *§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:*
>
> *I - representações fiscais para fins penais;*
>
> *II - inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;*
>
> *III - parcelamento ou moratória.*
>
> *(Redação dada pela Lei Complementar nº 104, de 10/01/01)*

A princípio, o § 1º excetua a troca de informações entre os Fiscos dos diversos entes da Federação, com base no art. 199 do CTN. No inciso I do § 1º do art. 198, tem-se a exceção para o fornecimento de informações protegidas pelo sigilo fiscal no caso de requisição de autoridade judicial, restrito ao interesse da Justiça, ou seja, para auxiliar na apuração de ilícitos de natureza tributária, civil, penal, dentre outras.

Já no inciso II do § 1º do art. 198 do CTN, há um permissivo legal para o fornecimento de dados sigilosos, pelo agente do Fisco, para autoridades administrativas externas ao âmbito da Secretaria Federal da Receita do Brasil. No entanto, o atendimento a esta solicitação depende da observância aos requisitos elencados no mesmo dispositivo.

O primeiro requisito se refere à necessidade da solicitação dos dados sigilosos ser feita por autoridade administrativa. Essa autoridade pode ser do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, da Administração Direta ou Indireta, no exercício de sua função administrativa. A responsabilidade pela investigação instaurada é a ela atribuída, direta ou indiretamente, passando a ser responsável também pela preservação do sigilo dos dados fornecidos, com base no art. 198, § 2º, CTN.

A título de exemplo, no âmbito da CGU, a Ordem de Serviço nº 20, de 26 de agosto de 2010 alterou o parágrafo único do art. 6º da Ordem de Serviço nº 265, de 8 de dezembro de 2006, que disciplina os procedimentos de investigação patrimonial preliminar e sindicância patrimonial. Com isso, a competência para solicitação de dados fiscais à Secretaria da Receita Federal do Brasil e demais órgãos da Administração

Tributária, que era do Secretário-Executivo do órgão, ficou a cargo do Corregedor-Geral da Corregedoria-Geral da União, via Subsecretário de Fiscalização da Receita Federal.

O segundo requisito disposto no inciso II do § 1º do art. 198 do CTN é o interesse da Administração Pública que deve justificar a solicitação dos dados fiscais protegidos. Verifica-se que a apuração de ilícitos disciplinares diz respeito à probidade administrativa, ao interesse público e da coletividade, o que atende a essa condição legal. Assim se manifestou a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, como órgão consultivo do Ministério da Fazenda, a que se vincula a Secretaria da Receita Federal do Brasil:

> *Parecer-PGFN/CDI nº 1.433/2006:*
>
> *33. (...) não há dúvidas que os interesses envolvidos na apuração de ilícitos cometidos por agentes públicos dizem respeito a toda uma coletividade, devendo ser prestadas as informações porventura requeridas pelo órgão processante, mesmo sendo elas protegidas por sigilo fiscal, já que o interesse particular do investigado deve sempre ceder diante da necessidade de apuração da verdade, isto é, diante de um interesse público maior.*

É necessária, ademais, a comprovação de instauração de regular processo administrativo para apurar ilícito disciplinar no órgão solicitante. Aqui o significado de processo administrativo é em sentido amplo, e pode ser o processo administrativo disciplinar, a sindicância acusatória, a sindicância investigativa e a sindicância patrimonial.

Quanto ao sujeito passivo, cujos dados fiscais estão sendo solicitados, se trata do servidor público submetido à investigação. Assim, a solicitação dessas informações deve se restringir à pessoa investigada no processo do órgão, o que não inclui terceira pessoa. Com o escopo de justificar o afastamento do sigilo, os dados fiscais devem ser essenciais para a apuração, devendo guardar direta relação com o servidor investigado e com o fato objeto da apuração.

Caso seja necessário o afastamento desse sigilo, no curso do processo administrativo, é recomendável que a comissão solicite esses dados ao Fisco por intermédio de autoridade destinada para o feito dentro do órgão (como é o caso do Corregedor-Geral da União na CGU), ou, inexistindo no órgão a delimitação dessa competência, que seja encaminhada por intermédio da autoridade instauradora do processo.

Importa ressaltar que se, no curso do procedimento administrativo, a comissão verificar a necessidade de obtenção de dados fiscais de terceiros (particulares envolvidos, a exemplo dos "laranjas"), cuja participação guarde relação direta com o fato objeto da apuração, a solicitação desses dados não está acobertada pelo art. 198 do CTN, o que enseja a solicitação do afastamento do sigilo junto ao Poder Judiciário. Assim, a comissão deve, por intermédio da autoridade instauradora (ou outra autoridade responsável discriminada para o feito), solicitar junto à Advocacia-Geral da União ou à procuradoria do órgão ou entidade, que diligencie junto ao Poder Judiciário. Caso essas informações estejam disponibilizadas em outro processo, a comissão pode solicitar o compartilhamento desses dados a título de prova emprestada.

Vale lembrar que o juízo de conveniência e oportunidade da necessidade da solicitação dessa prova é da comissão, com base na independência lhe é atribuída pelo art. 150 da Lei nº 8.112/90, o que não obsta a verificação dos requisitos elencados na legislação específica (art. 198, CTN) por parte da autoridade administrativa ou da AGU e Procuradorias dos órgãos.

10.3.18.8. Afastamento do sigilo bancário

Da mesma forma que o sigilo fiscal, a cláusula de proteção do sigilo bancário está relacionada à proteção das garantias fundamentais asseguradas no art. 5º, X, CF. Deste modo, cabe à comissão a avaliação acurada da gravidade do fato que justifique o afastamento dessa garantia constitucional, bem como da relevância dos dados solicitados para a elucidação dos fatos investigados.

A Lei Complementar nº 105/2001 dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Atente-se que o sigilo é sobre as informações pormenorizadas, como o titular, a origem, o destino e o valor da operação. Conforme previsão do § 1º, art. 3º dessa lei, a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos, para fins disciplinares, depende de prévia autorização do Poder Judiciário:

> *Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.*
>
> *§ 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos, solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.*
>
> *§ 2º Nas hipóteses do § 1º, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso.*

Ainda, em conformidade com a Lei Complementar nº 105/2001 (§ 2º do art. 3º), a decretação de afastamento desse sigilo independe da existência de processo judicial em curso, quando solicitada em sede disciplinar.

Convém deixar claro que da mesma maneira que foi abordado para o afastamento do sigilo fiscal, deve-se entender o significado da expressão "comissão de inquérito administrativo" usada no texto do § 1º, do art. 3º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de2001, em sentido amplo, o que abarca processo administrativo disciplinar, a sindicância acusatória, a sindicância investigativa e a sindicância patrimonial.

Em razão da demora de obtenção desses dados, uma vez que dependem de ordem judicial e de intermédio da AGU ou das Procuradorias dos órgãos e entidades, a comissão deve restringir a hipótese de pedido desse afastamento de sigilo aos casos absolutamente essenciais e indispensáveis. Assim, é oportuno verificar sempre, antes de provocar a sede judicial, a disponibilização espontânea por parte do próprio acusado.

Registre-se que, caso tenha ocorrido o afastamento do sigilo bancário em outro processo (em sede administrativa ou judicial), a comissão pode solicitar o compartilhamento desses dados a título de prova emprestada.

Aqui também se aduz que o juízo de conveniência e oportunidade da necessidade da solicitação dessa prova é da comissão, com base na independência lhe é atribuída pelo art. 150 da Lei nº 8.112/90, o que não obsta a verificação dos requisitos elencados na legislação específica da AGU e procuradorias dos órgãos e entidades.

Ressalva-se que em decorrência da incidência do princípio constitucional da publicidade não incide a proteção ao sigilo bancário nas seguintes situações: a) operação bancária em que a contraparte da instituição financeira é pessoa jurídica de direito público; ou b) operação bancária que envolva recursos públicos, ainda que parcialmente, independentemente da contraparte da instituição financeira. Foi o estabelecido pelo Parecer Vinculante AGU Nº AM - 06, que adotou o Parecer Plenário nº 5/2017/CNU/CGU/AGU, com a seguinte ementa:

> *EMENTA: Direito Administrativo. Acesso às informações protegidas por sigilo bancário pelos órgãos de controle. Princípio da publicidade. Extensão ou compartilhamento de sigilo. Prevalência do princípio constitucional da publicidade, nos termos deste parecer. Oponibilidade do sigilo, quando existente, a órgãos de controle.*
>
> *1. Além das hipóteses previstas no art. 1º, §§ 3º e 4º, da Lei Complementar nº 105, de 2001, não incide a proteção ao sigilo bancário, em decorrência da incidência do princípio constitucional da publicidade, ao menos nas seguintes situações: a) operação bancária em que a contraparte da instituição financeira é pessoa jurídica de direito público; ou b) operação bancária que envolva recursos públicos, ainda que parcialmente, independentemente da contraparte da instituição financeira.*

2. Para este fim, devem ser considerados recursos públicos aqueles previstos nos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, incluídos os orçamentos previstos no § 5º do art. 165 da Constituição.

3. Por coerência, também devem ser considerados públicos os recursos titularizados não pela coletividade como um todo, mas por coletividades parciais (como os trabalhadores regidos pela CLT ou servidores públicos) que sejam administrados pelo poder público, tal como o FGTS e o Fundo PIS-PASEP, mas apenas em relação à sua aplicação pelas instituições financeiras, excluídas as operações bancárias realizadas entre o banco e o titular de contas individualizadas (cotista do fundo), que continuam protegidas pelo sigilo bancário.

4. A exceção ao sigilo bancário decorrente do princípio da publicidade atinge apenas a operação inicial de transferência dos recursos públicos, e não as operações subsequentes realizadas pelo tomador dos recursos e decorrentes da disponibilização destes em conta corrente ou por outro meio.

5. A exceção ao sigilo bancário, decorrente da incidência do princípio constitucional da publicidade, não implica a supressão de outros sigilos previstos em lei ou em norma regulatória editada pela autoridade competente, em especial o Banco Central do Brasil ou a CVM – Comissão de Valores Mobiliários, cuja incidência sobre documentos apresentados à instituição financeira ou por ela produzidos deve ser verificada caso a caso.

6. Salvo na hipótese de celebração do convênio a que se refere o art. 2º, § 4º, I, da Lei Complementar nº 105, de 2001, o sigilo bancário, quando incidente, deve ser oposto inclusive ao Ministério Público, aos tribunais de contas e ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, sendo inaplicáveis o art. 26 da Lei nº 10.180, de 2001, e o art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75, de 1993.

10.3.19. Prova Emprestada

Em observância aos princípios da economia processual, da isonomia e da segurança jurídica, o instituto judicial da prova emprestada pode ser utilizado em sede disciplinar.

Segundo a doutrina, a prova emprestada no processo administrativo disciplinar tem que observar alguns requisitos de validade (subjetivos e objetivos), quais sejam:

a) sua transcrição integral, desde o ato que a autorizou até a conclusão final, através de documentos legítimos;

b) que tenha sido validamente realizada (contraditório, ampla defesa, devido processo legal etc.);

c) que no processo anterior se tenha concretizado a participação das mesmas partes do atual (especialmente aquele contra quem será utilizada a prova);

d) observância das normas que permitem a juntada de documentos no processo atual; e

e) a semelhança do fato que será objeto da prova.[181]

Em tese, o requisito subjetivo, que exige em ambos os processos (o de origem e o de destino) os mesmos interessados, é justificado em razão de se poder assegurar que a eles já foi dada oportunidade de defesa no momento da produção da prova. Nestes termos, franqueados o contraditório e a ampla defesa no processo de origem, a prova será conduzida para o processo de destino com todo o seu valor probante, mantendo integralmente sua força de convicção. Assim, o STF firmou posicionamento quanto à observância a essas garantias:

A garantia constitucional do contraditório – ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural – é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de provir a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se se cuida

181 MOREIRA, 2010, p. 362

de prova que – não fora o seu traslado para o processo – nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC nº 78749/MS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, publicado em 25/6/1999)

Caso não tenham sido assegurados o contraditório e a ampla defesa no momento da produção da prova, sua valoração restará prejudicada para o outro processo. Nesse caso, a prova passará a ser mera cópia documental com valor probante reduzido. Tal fato não obstará o seu uso, desde que esse prejuízo seja reparado, ao menos em parte, com a garantia do contraditório no momento da juntada dessa prova no processo secundário:

> *No processo administrativo, que se orienta no sentido da verdade material, não há razão para dificultar o uso da prova emprestada, desde que, de qualquer maneira, se abra possibilidade ao interessado de questioná-la (...).* [182]

De modo geral, a fim de evitar a inviabilização da prova emprestada no processo secundário, ou a minoração de seu uso, é recomendável notificar o acusado para se manifestar acerca da juntada dessa prova no processo de destino.

Acerca especificamente da utilização das interceptações telefônicas como prova emprestada no âmbito do processo disciplinar, a Comissão de Coordenação de Correição pronunciou-se da seguinte maneira: "É lícita a utilização de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente para fins de instrução de procedimento correcional" (Enunciado nº 18, de 10 de outubro de 2017 (DOU em 11/10/17)).

A Comissão de Coordenação de Correição também tratou de tema relacionado a compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos independentemente de apurarem fatos imputados a pessoa física ou a pessoa jurídica.

Asseverou o relator ser perfeitamente válida a comutatividade de provas entre procedimentos administrativos, sendo indiferente a natureza do sujeito no polo passivo (pessoa física ou jurídica), ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição e sigilo legal. Diante dessa conclusão, a CCC aprovou o seguinte enunciado:

> *ADMISSIBILIDADE DO COMPARTILHAMENTO DE PROVAS ENTRE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS. O compartilhamento de provas entre procedimentos administrativos é admitido, independentemente de apurarem fatos imputados a pessoa física ou a pessoa jurídica, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo e de segredo de justiça.*
>
> *Enunciado CGU nº 20, publicado no DOU de 28 de fevereiro de 2018, seção 1, p. 81*

10.3.19.1. Procedimento

No processo administrativo disciplinar, a comissão poderá se utilizar de provas trazidas de outros processos administrativos e do processo judicial, observado o limite de uso da prova emprestada. A prova, nesse caso, poderá ser juntada por iniciativa do colegiado ou a pedido do acusado.

No caso da existência de prova já obtida com o afastamento do sigilo (interceptações telefônicas, sigilo bancário, e sigilo fiscal de terceiros estranhos à investigação) em outro processo, e havendo necessidade de juntada dessa prova no processo administrativo disciplinar, a comissão pode requerer diretamente à autoridade competente pelo outro processo o compartilhamento dessa prova para fins de instrução probatória, com base na independência atribuída pelo art. 150 da Lei nº 8.112/90:

> *Art. 150. A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração.*

182 FERRAZ, 2001, p. 135

Todavia, é certo que tal providência deverá ser analisada caso a caso, de modo que seja possível verificar se a decisão prolatada na esfera judicial permite ou não o compartilhamento de informações entre processos correcionais deflagrados no mesmo órgão. Caso, por exemplo, a quebra de sigilo bancário tenha sido deferida com o fim específico de instruir determinada apuração disciplinar, deverá ser realizado novo pedido na esfera judicial para o compartilhamento da respectiva documentação acobertada por sigilo.

Frise-se que com o compartilhamento da prova a comissão tem o compromisso de assegurar o seu sigilo, zelando para garantir o cuidado necessário para impedir sua divulgação, sob pena de incidir nas infrações estabelecidas nas legislações específicas, sem prejuízo das sanções penais cabíveis.

10.3.19.2. Envio de informações para órgãos externos

No envio de dados colhidos no curso do processo administrativo disciplinar e de procedimentos investigativos a outros órgãos, a comissão terá que observar a cautela necessária para o seu fornecimento adequado. Este envio poderá ocorrer quando houver requisição de autoridade judiciária, do Ministério Público, outras autoridades administrativas, ou mesmo de ofício. Em todos os casos, deverão ser observadas as cautelas referentes ao sigilo.

O fornecimento de documento cujo teor está sob a reserva de sigilo, como é o caso do sigilo fiscal, deve ocorrer com a observância aos ditames da legislação específica (Lei nº 8.159/91; Decreto nº 4.073/2002; Lei nº 12.527/2011; Decreto nº 7.724/2012; Decreto nº 7.845/2012), que prevê os procedimentos formais para preservação do sigilo.

Ressalte-se que, para o compartilhamento de dados que foram obtidos com o afastamento do sigilo bancário no curso do processo administrativo, deve haver autorização judicial. A par disso entende-se que a responsabilidade de preservação do sigilo, nesse caso, foi transferida para o agente recebedor dos dados, nos termos do que dispõe o art. 11 da Lei Complementar nº 105/2001:

> *Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.*

10.3.20. Prova Indiciária

A prova indiciária pode ser definida como o meio de prova obtido de um raciocínio indutivo, pelo qual se conclui que o fato principal da apuração ocorreu, devido à prova concreta da ocorrência de fato secundário.

Dispõe o art. 239, do Código de Processo Penal: "*Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*".

Normalmente, o raciocínio acima empregado parte da experiência de casos pretéritos, mostrando que, geralmente, tendo ocorrido o fato secundário (provado), também ocorre o fato principal (que se deseja provar). Deve se considerar o nexo causal entre eles. Trata-se, portanto, de meio de prova essencialmente probabilístico, pois dificilmente há uma relação de necessariedade entre os fatos.

O ponto principal da discussão se dá quanto à possibilidade de se fundamentar uma penalidade administrativa com base unicamente em uma prova indiciária, não obstante tal possibilidade ser, em regra, admitida na seara penal. Cite-se, como exemplo, as seguintes decisões do STF:

> *Condenação - Base. Constando do decreto condenatório dados relativos a participação em prática criminosa, descabe pretender fulminá-lo, a partir de alegação do envolvimento, na espécie, de simples indícios.*
>
> *(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 96.062. Julgado em 6/10/2009, publicado em 13/11/2009)*
>
> *Ementa: Habeas Corpus. Processo Penal. Presunção Hominis. Possibilidade. Indícios. Aptidão para lastrear decreto condenatório. Sistema do livre convencimento motivado. Reapreciação de Provas. Descabimento na via eleita. Elevada quantidade de droga apreendida. Circunstância apta a afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ante a dedicação do agente a atividades criminosas. Ordem Denegada. (...)*
>
> *O julgador pode, através de um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, mediante raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta.*
>
> *(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 103.118, TJ/SP. Julgado em 20/3/2012, publicado em 16/4/2012)*

No mesmo sentido, é também entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> *APELAÇÃO. ARTS. 180 E 311 DO CP. AUTORIA COMPROVADA. FORTE CONJUNTO DE INDÍCIOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. Um conjunto de fortes indícios, todos apontando para a autoria por parte do réu, tanto da receptação quanto da adulteração, é suficiente para embasar um decreto condenatório. Quase impossível que o órgão acusador reúna prova direta, em tais casos. Recurso da defesa improvido.*
>
> *(BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70031638315. Relator: Gaspar Marques Batista, julgado em 22/10/2009)*

Ao ventilar o tema, a doutrina demonstra bastante cautela quanto a utilização da prova indiciária:

> *A prova indiciária, desde que bem trabalhada, poderá colaborar bastante na elucidação dos fatos. Mas, tratando-se de prova que requer acusada operação de inteligência, aconselha-se muito cuidado e prudência na sua adoção, uma vez que, por qualquer lapso, se poderá chegar a conclusões totalmente inexatas.*[183]

Em muitos casos, a maneira como se pratica um ato disciplinarmente faltoso dificulta a obtenção de provas diretas (aquelas que apontam diretamente para o fato probando).

Tome-se, por exemplo, a dificuldade de se caracterizar a obtenção de proveito pessoal em razão do cargo ocupado enquanto servidor público (artigo 117, inciso IX, da Lei nº 8.112/90). Nesses casos, tal caracterização pode se dar de maneira indireta, por meio da prova de fato ou fatos que levem a crer que o servidor obteve o proveito pessoal, de maneira que a probabilidade de se estar diante de um caso de valimento de cargo seja bastante alta.

Destaque-se, ainda, a constatação do então Ministro do TCU Ubiratan Aguiar em um de seus julgados na Corte de Contas, ao afirmar que *"a prova inequívoca de conluio entre licitantes é algo extremamente difícil de ser obtida, uma vez que quando acertos desse tipo ocorrem, não se faz por óbvio, qualquer tipo de registro escrito"*. (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 57/2003, de 05/02/2003 -Plenário. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso: 25/04/2014)

183 COSTA, 2011, p. 348.

E, mais à frente, conclui:

> *Dessa forma, percebe-se que é difícil e custosa a prova de conluios deste tipo já que, por sua própria natureza, o vício é oculto. Situação semelhante ocorre nos atos simulatórios onde as partes sempre procuram se cercar de um manto para encobrir a verdade. (Idem)*

Portanto, apesar de ser admitido como meio de prova, o indício não pode ser utilizado de maneira desmesurada pela comissão processante, pois possui a probabilidade como característica, necessitando ser esta forte o suficiente para superar a dúvida razoável acerca da materialidade e autoria do fato principal.

10.4. INDICIAÇÃO

10.4.1. Introdução e Características da indiciação

A indiciação encerra a fase de instrução do processo disciplinar, consubstanciando-se em um "termo de indiciação" – termo formal de acusação –, cujo teor deve apontar os fatos ilícitos imputados ao servidor acusado, bem com as provas correspondentes e o respectivo enquadramento legal, de modo a refletir a convicção preliminar do colegiado.

> *Lei nº 8.112/90*
>
> *Art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indiciação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.*

O termo de indiciação é precedido por ata, elaborada pela comissão processante, na qual se delibera pelo encerramento da fase instrutória em vista da colheita de material probatório suficiente ao indiciamento do servidor acusado.

O termo de indiciação irá imputar ao servidor a prática de uma ou mais infrações disciplinares. Em razão disso, para que o servidor passe à condição de indiciado, ele necessariamente deverá ter figurado como acusado no processo, ou seja, ter sido notificado como tal para acompanhar toda a produção de provas, assegurando-se que também tenha sido intimado para interrogatório, sob pena de serem violados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Logo, não há que se falar em indiciação de testemunha, que só figurou no processo nessa qualidade.

> *1. Se à recorrente, arrolada como testemunha em Procedimento Administrativo instaurado contra outros servidores, não é garantido o direito a ser interrogada, após sua indiciação, agora na condição também de acusada, sendo-lhe facultada, apenas, a apresentação de defesa escrita após ter vista dos autos, configura-se violação à ampla defesa e ao contraditório, constitucionalmente assegurados. (...)*
>
> *3. Precedentes (MS nºs 7.074/DF e 6.896/DF). (...)*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS 14512/MT - 2002/0027183-4. Relator: Ministro Jorge Scartezzini, julgado em 28/10/2003, publicado em 19/12/2003)*

Apesar de externar juízo de convicção preliminar da comissão processante, o termo de indiciação é peça essencial para a defesa do indiciado. Isso porque ela formalizará a acusação e delimitará os termos da defesa escrita e do julgamento, como se verá adiante.

Justamente por ser o momento em que a comissão irá expor os motivos pelos quais se convenceu do cometimento da (s) irregularidade (s), o termo de indiciação, além de qualificar o indiciado com todos os seus dados, deve descrever suficientemente os fatos ocorridos e, de forma individualizada, a conduta por ele praticada, apontando nos autos as provas correspondentes. Não são admitidas indiciações genéricas dos envolvidos nos fatos, isto é, sem que seja apontada a conduta praticada por cada um dos indiciados.

É importante que sejam narrados claramente todos os fatos provados na fase de instrução, haja vista que, após a defesa escrita, não se poderá fazer qualquer acréscimo factual relacionado à conduta do indiciado. Ademais, o julgamento deverá ser baseado naquilo que tiver sido mencionado no termo de indiciação, sob pena de nulidade. Não é necessário, entretanto, a transcrição do inteiro teor das provas produzidas (por exemplo, a reprodução de todos os depoimentos colhidos), sendo suficiente a indicação daqueles trechos significativos para a convicção formada na indiciação.

> *(...)*
>
> *2. O delineamento fático das irregularidades na indiciação em processo administrativo disciplinar, fase em que há a especificação das provas, deve ser pormenorizado e extremamente claro, de modo a permitir que o servidor acusado se defenda adequadamente. Apresenta-se inaceitável a defesa a partir de uma conjunção de fatos extraídos dos autos. (...)*
>
> *4. Assim, há flagrante cerceamento de defesa e, portanto, violação ao devido processo legal e aos princípios da ampla defesa e do contraditório, em razão da circunstância de que a iminente pena de demissão pode vir a ser aplicada ao impetrante pela suposta prática de acusações em relação as quais não lhe foi dada oportunidade de se defender. (...)*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 13110/DF - 2007/0226688-6. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 14/5/2008, publicado em 17/6/2008)*

Na presente fase do processo, a lei ainda não exige que seja indicada a hipótese legal na qual o acusado incidiu (dentre aquelas dos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112/90). Contudo, é usual e recomendado que já seja feito esse enquadramento, tendo em vista o auxílio para que o acusado possa se defender. Este enquadramento, entretanto, poderá ser alterado no Relatório Final, visando uma melhor adequação da conduta às definições legais do Direito Disciplinar, onde afinal também predomina o ensinamento de que o acusado se defende dos fatos e não da capitulação legal. Os critérios a serem seguidos para se estabelecer o adequado enquadramento serão tratados nos próximos tópicos.

Nesta fase do processo é relevante registrar que vige o princípio do *in dubio pro societate*. Este princípio, em tradução livre, significa "a dúvida em favor da sociedade". Preceitua que, após a instrução probatória, se há indícios ou provas consistentes da ocorrência de infração disciplinar, e bem assim de que o servidor que figurou no processo como acusado seja o autor destes fatos, ainda que exista uma dúvida que não pode ser sanada pela impossibilidade de coleta de outras provas além das que já constem do processo, a comissão deve concluir pela indiciação, e não pela absolvição sumária do (s) acusado (s).

Assim, no intuito de se resguardar o interesse público, eventual incerteza a respeito da conduta praticada deve ser esclarecida na defesa escrita, com a posterior consolidação do entendimento da comissão no Relatório Final. É que, agindo de outro modo, a comissão acabará levando a mesma dúvida para a autoridade julgadora, que, discordando da absolvição, terá que reabrir o processo para nova instrução. Melhor, nestes casos, que se permita ao acusado apresentar a defesa escrita, que poderá dirimir a dúvida e demonstrar claramente sua inocência.

Um erro bastante comum nesta fase ocorre quando o acusado deixa de ser indiciado porque a comissão entende que a infração cometida está sujeita à penalidade de advertência ou suspensão, já prescrita. No entanto, deve o colegiado atentar-se para o fato de que a autoridade julgadora pode discordar do relatório final, e concluir que a penalidade cabível seria a demissão. E neste caso, não tendo sido lavrado o termo de indiciação do acusado, a autoridade julgadora terá que designar nova comissão, tendo em vista que a anterior não fez a indiciação, ato essencial à defesa.

Além destas considerações, o momento da indiciação exige um prévio estudo do Direito Disciplinar material, a fim de realizar o correto enquadramento da conduta do indiciado entre aquelas infrações disciplinares descritas nos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112/90.

Visando a auxiliar esse estudo, os próximos tópicos versarão sobre os requisitos que deverão ser atendidos para que determinada conduta possa ser considerada uma das infrações disciplinares previstas

na lei, as circunstâncias que poderão isentar o servidor de responsabilização e a forma de se determinar o enquadramento legal.

10.4.2. Elementos da infração disciplinar

Antes de se definir em qual hipótese legal incorreu o acusado, é necessário examinar se a conduta por ele praticada, nas circunstâncias em que foi externada, efetivamente pode ser considerada uma infração disciplinar.

Em razão da proximidade de objetos, a análise dos elementos da infração disciplinar busca subsídios no Direito Penal. Tendo em vista o grande desenvolvimento que aquele ramo jurídico já alcançou na avaliação da conduta dos responsáveis pela prática de ilícitos, é oportuno recorrer à chamada Teoria do Crime, utilizada pela doutrina e jurisprudência como metodologia comparativa para esta finalidade. Em virtude dessa correlação, são em regra aceitos como parâmetros para a verificação dos elementos da infração disciplinar aqueles mesmos apontados para o crime.

De acordo com a corrente doutrinária predominante entre os penalistas contemporâneos, o crime é uma conduta típica, antijurídica e culpável[184]. Isto é, para que uma conduta humana seja considerada crime, ela deve conter os elementos descritos na lei como caracterizadores de crime (tipicidade), não ter sido praticada sob uma justificativa admitida por lei (antijuridicidade), e cujo autor tinha a ciência de que a conduta era vedada pelo ordenamento jurídico, mas mesmo assim a cometeu, ou seja, deveria se comportar de modo diverso (culpabilidade).

Esta descrição analítica da conduta humana possibilitou uma melhor compreensão do crime, e bem assim a solução de inúmeras questões no Direito Penal que também são úteis para o estudo da infração disciplinar. Desta forma, com as devidas adaptações, ressalta-se que se toma por empréstimo aqueles conceitos com o escopo de melhor desenvolvimento da literatura jurídica sobre o assunto.

Com efeito, pode-se dizer que a conduta será considerada infração disciplinar quando: i) estiverem presentes os elementos descritos em lei como caracterizadores de uma infração disciplinar; ii) o servidor não está acobertado por uma causa que exclua a ilicitude desta conduta; e iii) o servidor age de forma contrária à lei, mesmo tendo a obrigação de se comportar de outro modo.

Para melhor compreensão destas ideias, pretende-se, nos itens a seguir, descrever sucintamente tais elementos, trazendo-os à realidade administrativa, sem adentrar demasiadamente nos debates proporcionados pelas inúmeras teorias penais que se desdobram a partir deles.

10.4.2.1. Primeiro Elemento: Tipicidade

Ao iniciar o estudo do conceito de tipicidade, Bitencourt afirma que

> *A lei, ao definir crimes, limita-se, frequentemente, a dar uma descrição objetiva do comportamento proibido, (...). No entanto, em muitos delitos, o legislador utiliza-se de outros recursos, doutrinariamente denominados 'elementos normativos' ou 'subjetivos do tipo', que levam implícito um juízo de valor.*[185]

Depreende-se, por oportuno, que a tipicidade decorre do princípio da reserva legal: "não há crime sem prévia lei que o defina". Ou seja, a tipicidade representa a conformação do fato praticado à moldura abstratamente descrita na lei penal, subsumindo-se a ela.

Esse modelo legalmente estabelecido é conhecido como "tipo" e representa um conjunto de elementos do fato punível, descrito na legislação penal, com o objetivo de limitar e individualizar as condutas humanas penalmente relevantes.

184 ZAFFARONI, 2005, p. 345.

185 BITENCOURT, 2010, p.303

Dito isto, entende-se que a conduta humana praticada no caso concreto precisa ser típica. Isso significa que, no Direito Penal, ela deve se encaixar na definição de um dos tipos penais configuradores dos crimes e, no âmbito do Direito Disciplinar, corresponder à violação do disposto em pelo menos uma das hipóteses da Lei nº 8.112/90 (arts. 116, 117 e 132).

A tipicidade, por sua vez, está subdividida em duas espécies:

a) Tipicidade objetiva: é a correspondência literal entre o ato praticado e aquilo que consta escrito em pelo menos uma das hipóteses da lei; e

b) Tipicidade subjetiva: é o ânimo interno com o qual o acusado praticou a conduta, revelado mediante o dolo ou a culpa.

Vale dizer: para que uma conduta seja considerada típica, não basta a correspondência entre o que foi praticado e o que consta da lei como infração disciplinar. É necessário que o agente a tenha praticado com dolo ou culpa. Mostram-se indispensáveis, portanto, ainda que de modo sucinto, as definições destes conceitos.

O primeiro manifesta-se de duas formas:

a) Dolo direto ou imediato: quando o acusado, agindo com intenção danosa, quis produzir o resultado previsto para a sua conduta; e

b) Dolo indireto ou eventual: quando o acusado, mesmo prevendo o resultado, praticou a conduta aceitando o risco de produzi-lo.

De modo diverso do dolo, no tipo culposo, pune-se a conduta mal dirigida, geralmente destinada a atender a um fim lícito, consistindo na divergência entre a ação efetivamente realizada e a que deveria ter sido praticada, em virtude da inobservância do dever objetivo de cuidado. A culpa externa-se por meio de três modalidades, nas quais, embora o resultado da conduta fosse previsível, o acusado simplesmente não previu seu potencial ofensivo (culpa inconsciente) ou o previu – consciente da lesão ao dever de cuidado –, mas nunca quis o resultado alcançado ou assumiu o risco pela sua ocorrência (culpa consciente). Senão vejamos as três modalidades de culpa:

a) Negligência: é a displicência no agir, a falta de precaução do agente, que podendo adotar as cautelas necessárias, não o faz. Implica em uma omissão, um não-agir por descuido, indiferença ou desatenção ocorrida em momento anterior à ação. Por isso, se diz que o autor do ato cometido por negligência não teria pensado na possibilidade do resultado, razão pela qual configuraria a culpa inconsciente;

b) Imprudência: é a prática de uma conduta arriscada ou perigosa e com caráter comissivo. É caracterizada pela intempestividade, precipitação, insensatez ou moderação do agente. Neste caso, o agir descuidado não observa o cuidado objetivo que as circunstâncias fáticas exigem, resultando, portanto, na concomitância entre ação e culpa. Conclui-se que o agente tem consciência de sua ação imprudente, mas, ao acreditar que não produzirá o resultado, avalia mal e age, momento em que o resultado não desejado ocorre; e

c) Imperícia: é a falta de capacidade, de aptidão, despreparo ou insuficiência de conhecimentos técnicos para o exercício da arte, profissão ou ofício. Diferencia-se do erro profissional, pois este consiste em acidente escusável, justificável e, geralmente, imprevisível; ligando-se primariamente à imperfeição dos conhecimentos humanos.

Em sede penal, a regra é que a conduta somente configurará crime quando nela tiver sido empregada uma das formas de dolo, sendo expresso que a lei sempre irá determinar os crimes passíveis de serem cometidos culposamente. Todavia, em se tratando de infrações disciplinares, isso não é válido, considerando que a Lei nº 8.112/90 não faz a mesma ressalva. Na maior parte dos casos, como as hipóteses são abertas,

as suas características próprias e a interpretação da gravidade de cada uma é que irão determinar quando haverá a exigência do dolo e quando bastará a culpa.

Frise-se que a sobrevinda ou não de dano para a Administração Pública não é fator determinante do ânimo subjetivo do acusado, pois uma conduta dolosa pode não implicar em prejuízo algum, ao passo em que um ato negligente pode vir a causá-lo.

10.4.2.2. Segundo Elemento: Antijuridicidade ou ilicitude

O jurista Eugênio Raúl Zaffaroni ensina que a antijuridicidade da conduta está no fato dela ser contrária ao disposto em uma norma do ordenamento jurídico, sem estar amparada por nenhuma outra que a autorize, nas condições em que fora praticada. Em suas palavras,

> *O método, segundo o qual se comprova a presença da antijuridicidade, consiste na constatação de que a conduta típica (antinormativa) não está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica (não somente no direito penal, mas tampouco no civil, comercial, administrativo, trabalhista etc.).*[186]

As causas de justificação nada mais são que causas legais de exclusão da antijuridicidade, as quais deverão encontrar-se igualmente amparadas pelo elemento subjetivo da consciência de agir acobertado por uma excludente, ou seja, com vontade de evitar um dano pessoal ou alheio.

Porém, de outro lado, caso o agente exceda os limites da norma permissiva, de forma dolosa ou culposa, responderá pelo excesso. Essas hipóteses serão identificadas quando o agente impuser sacrifício maior do que o estritamente necessário à salvaguarda do seu direito ameaçado ou lesado.

O Direito Penal define três causas de justificação, quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal.

Devendo o ordenamento normativo ser harmônico, primando pela segurança jurídica, tais excludentes de ilicitude da conduta também afastarão a caracterização da infração quando presentes em sede disciplinar, já que a antijuridicidade também é um dos seus elementos. Assim estabelece o Código Penal:

> *Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:*
>
> *I – em estado de necessidade;*
>
> *II – em legítima defesa;*
>
> *III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.*
>
> *Parágrafo único: o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.*

Por serem situações que, eventualmente ocorridas, serão alegadas pela defesa, deverão ser inequivocamente comprovadas no curso da instrução probatória, para que o acusado possa deixar de ser indiciado.

Conforme anteriormente anotado, os excessos dolosos ou culposos porventura praticados permanecerão ilícitos. Ou seja, o acusado não estará a salvo da indiciação ou da penalidade disciplinar, no tocante aos atos que venham a extrapolar os limites da causa de justificação.

Aproveitando os conceitos expostos no Código Penal, apresenta-se em seguida uma breve noção de cada uma destas causas de justificação, que excluem a ilicitude da conduta, e, portanto, afastam a responsabilidade disciplinar.

186 Idem, p. 488.

10.4.2.2.1. Estado de Necessidade

Segundo o Código Penal:

> *Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.*
>
> *§ 1º. Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.*

Para Bitencourt, "o estado de necessidade caracteriza-se pela colisão de interesses juridicamente protegidos. Devendo um deles ser sacrificado em prol do interesse social".[187]

Para a configuração do estado de necessidade, é necessária a demonstração de que o servidor corria perigo no momento em que praticou o fato previsto na lei como infração disciplinar. Não se fala em estado de necessidade quando o perigo já passou ou é provável de ocorrer no futuro. Ademais, se o próprio agente concorreu para a criação do perigo ou podia evitá-lo por outro meio, o estado de perigo é descaracterizado.

Fala-se em perigo quando o servidor está em situação tal que deixar de praticar a conduta tida por infração disciplinar coloque em risco qualquer bem (vida, patrimônio, intimidade, etc.), próprio ou alheio, desde que, nas circunstâncias, não fosse razoável que fosse sacrificado.

Não se confunde estado de necessidade e legítima defesa. Enquanto nesta a reação realiza-se contra bem jurídico pertencente ao autor da agressão injusta, naquela a ação dirige-se contra bem de terceiro não envolvido.

10.4.2.2.2. Legítima Defesa

Ainda de acordo com o Código Penal, a legítima defesa é assim conceituada:

> *Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.*

Conforme apontam os estudiosos, difere-se a legítima defesa e o estado de necessidade:

> *As principais distinções entre ambas estão em que na legítima defesa há reação contra agressão e, no estado de necessidade, existe ação em razão de um perigo e não de uma agressão. Só há legítima defesa contra agressão humana, enquanto o estado de necessidade pode decorrer de qualquer causa.*[188]

10.4.2.2.3. Estrito Cumprimento de Dever Legal e Exercício Regular de Direito

Aqui impera a lógica da já mencionada harmonia do ordenamento jurídico, onde uma conduta não poderá ser um ilícito penal quando, em legislação extrapenal, ela é posta como um dever daquele servidor acusado ou apresenta-se como um direito regularmente exercido por ele.

A fim de caracterizar o estrito cumprimento do dever legal, devem ser observados dois requisitos: (i) estrito cumprimento – somente os atos rigorosamente necessários justificam o comportamento permitido; e (ii) de dever legal – é indispensável que o dever decorra da lei, não o caracterizando os deveres de cunho moral, religioso ou social.

187 BITENCOURT, 2010, p. 363.

188 DELMANTO, 2000, p. 47.

Quanto ao exercício regular de direito, a doutrina tradicional entende que este não poderá ser de qualquer forma antijurídico, bem como deverá constringir-se aos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do Direito. Fora desses limites, ocorre o que chamamos de abuso de direito, o qual não constitui causa de justificação válida.

Do mesmo modo, considerada um dever ou um direito por qualquer normativo, nos exatos termos em que foi levada a efeito, a conduta tampouco será uma infração disciplinar.

10.4.2.3. Terceiro Elemento: Culpabilidade

Por último, integrando a estrutura do crime, a culpabilidade é tratada pela doutrina como sendo a reprovabilidade atribuída à conduta do acusado. Estabelecendo-a de forma simplificada, a sua presença é a regra, uma vez que o Direito Penal determina algumas poucas circunstâncias sob as quais, praticada a conduta típica e antijurídica, haverá ausência de culpabilidade.

Tais circunstâncias, quando comprovadas, fazem com que a conduta não seja considerada reprovável. Os motivos que podem levar ao afastamento da culpabilidade são os seguintes: inimputabilidade do acusado; inexigibilidade de conduta diversa ou incapacidade de compreender a potencial ilicitude da conduta no momento da sua prática.

A primeira causa excludente de culpabilidade surge em razão da pessoa que exerceu a conduta ser considerada não imputável pelo Direito Penal, pela redução da sua capacidade, sendo o caso do menor de dezoito anos, do indígena não aculturado e do doente mental, este último nas seguintes condições:

> *Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (...) (Código Penal)*

Portanto, pode-se afirmar de forma genérica que será imputável aquele agente possuidor de condições de normalidade e maturidade psíquicas. Para tanto, para o reconhecimento da inimputabilidade é suficiente que o agente não detenha o entendimento ou autodeterminação.

Também é afastada a culpabilidade de quem não se podia exigir conduta diversa, por ter agido sob coação irresistível (submetido a força física ou grave ameaça) ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico. No entanto, o autor da coação ou da ordem deverá ser punido.

A coação irresistível capaz de afastar a culpabilidade é tão-somente a moral, conhecida como grave ameaça, uma vez que a coação física exclui a própria ação, resultando em conduta atípica.

Entende-se como coação irresistível: "tudo o que pressiona a vontade impondo determinado comportamento, eliminando ou reduzindo o poder de escolha, consequentemente, trata-se da coação moral".[189]

Acerca da obediência hierárquica, independentemente de ser originada de relação pública ou privada, aquela significa a estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal e deve ter como pressuposto a inexigibilidade de conduta diversa.

O art. 28, § 1º, do Código Penal ainda autoriza a exclusão da penalidade quando, no momento da ação ou omissão, o agente se encontrava em estado de embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, de tal forma que estivesse completamente incapaz de entender o caráter ilícito da conduta. Vale ressaltar que a embriaguez pode ser provocada pelo álcool, drogas e substâncias de efeito análogo e, para excluir a culpabilidade, o estado de embriaguez completa não pode ter sido atingido pelo acusado de forma voluntária ou culposa.

189 BITENCOURT, 2010, p. 420.

10.4.3. Classificação em função do resultado

Existem outros conceitos e classificações no Direito Penal que podem auxiliar no entendimento do Direito Administrativo Disciplinar.

Neste sentido, interessante também mencionar que, em função da produção de um resultado naturalístico, isto é, de uma modificação no mundo exterior produzida pelo autor da conduta, o crime poderá ser classificado em material, formal ou de mera conduta, classificação que também pode ser estendida à infração disciplinar:

a) Crime material: para que seja configurado, exige que a conduta produza, no caso concreto, o resultado descrito na norma. Isto é, para a sua consumação é indispensável a produção de um dano efetivo. Exemplo de infração disciplinar material é a hipótese prevista no art. 132, X, da Lei nº 8.112/90 (lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio), que exige a efetiva ocorrência do prejuízo para ser configurada;

b) Crime formal: a conduta prevê a possibilidade da ocorrência de um resultado, mas este é apenas o exaurimento daquela, não precisando necessariamente ser alcançado para que o crime seja configurado. Neste tipo de crime, apesar do resultado ser descrito, a consumação independe da ocorrência de dano efetivo, sendo necessário tão-somente um dano potencial. Exemplo de infração disciplinar formal é previsto no artigo 117, IX, da Lei nº 8.112/90 (valimento de cargo). Para que seja configurado o valimento do cargo em proveito próprio ou alheio, basta que o acusado atue com a intenção de se valer do cargo que ocupa para obter algum tipo de benefício a si ou a terceiro, não se exigindo que da conduta decorra um resultado, como, por exemplo, o efetivo recebimento da propina exigida; e

c) Crime de mera conduta: não prevê um resultado naturalístico para a conduta, bastando a sua prática para que o crime seja configurado, isto é, o legislador prevê somente o comportamento do agente, sem qualquer preocupação com o resultado decorrente da conduta ilícita. Exemplo de infração disciplinar de mera conduta pode ser identificado no artigo 132, III, da Lei nº 8.112/90 (inassiduidade habitual). Para sua caracterização, basta que o servidor se ausente do trabalho da maneira descrita na hipótese legal, não se exigindo qualquer consequência para a Administração, como, por exemplo, a descontinuidade do serviço público pelo qual era responsável.

Assim como no Código Penal, pode-se verificar que no texto dos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112/90 não é dito quais infrações disciplinares são materiais, formais ou de mera conduta, ficando essa tarefa a cargo da doutrina e da jurisprudência, em estudo detido de cada hipótese legal.

10.4.4. Erro de Tipo e Erro de Proibição

Por vezes, a despeito da correspondência entre a ocorrência do fato descrito no tipo ou hipótese legal e a conduta do agente, esta pode ter sido praticada em decorrência de algum equívoco. Tal equívoco pode recair sobre algum elemento descrito na norma que prevê a infração disciplinar (erro de tipo, porque incidente sobre o tipo infracional), eliminando assim a tipicidade dolosa, ou ainda sobre a ilicitude da conduta (erro de proibição, porque incidente sobre uma causa de justificação), excluindo a culpabilidade.

Em se tratando de condutas disciplinares, a ignorância acerca das normas, sejam proibitivas ou permissivas, não pode ser alegada pelo servidor, uma vez que é seu dever conhecê-las. Dessa forma, o erro de proibição, que será uma hipótese de exclusão da culpabilidade, poderá ocorrer somente em eventual situação na qual o acusado tenha falsa percepção da realidade, fazendo-o supor que sua conduta esteja abrangida por uma causa de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito).

Por exemplo, incorre em erro de proibição o servidor que derrubou e, por isso, danificou diversos computadores recém-adquiridos, os quais estavam no caminho da saída de emergência, após ter atendido um telefonema onde o interlocutor afirmara que havia um incêndio no prédio, quando na verdade se tratava de um trote.

O erro de tipo, por sua vez, consiste em agir por engano em relação ao fato típico, o que exclui o dolo da conduta, pela falta de intenção do agente em realizar aquele tipo ou hipótese legal que acabou restando caracterizada. Pode-se diferenciar o erro vencível do invencível, o que será feito por meio do exemplo a seguir.

O servidor que entrega documento sigiloso a terceiro, acreditando tratar-se de um mensageiro autorizado do destinatário, incorre em erro de tipo, pois ignora um dos elementos da conduta típica: o fato de estar divulgando o documento sigiloso.

Suponha-se que o terceiro tenha chegado à repartição para buscar uma certidão pessoal anteriormente solicitada, no mesmo horário no qual o mensageiro chegaria para levar o documento sigiloso; o servidor, ocupado com outros afazeres, e acreditando ser ele o tal mensageiro, entrega-lhe o documento sigiloso sem maiores questionamentos. Neste caso, o dolo em divulgar o documento sigiloso não existiu, mas tal divulgação poderia ter sido evitada com uma atitude mais cuidadosa do servidor, fator que caracteriza o erro de tipo vencível, e torna a conduta punível na forma culposa, se assim for possível (poderá responder, por exemplo, por descumprimento do dever de exercer com zelo suas atribuições – art. 116, inciso I).

Agora, imagine-se que o terceiro, ciente de que haveria a entrega do documento sigiloso ao mensageiro, de alguma forma o intercepta e por ele se faz passar, identificando-se como tal na repartição, no horário combinado. Percebe-se que, nesta situação, o servidor não tinha como notar o engano, caracterizando-se o erro de tipo invencível e fazendo com que a conduta seja atípica, pois que ausentes tanto o dolo quanto a culpa.

Sem adentrar nas inúmeras discussões que existem no Direito Penal acerca da disciplina das consequências do erro de tipo e do erro de proibição, o que importa na seara administrativa é que tendo o servidor praticado conduta que aparentemente se adeque a uma infração disciplinar (típica, antijurídica e culpável), verificado que o acusado assim agiu porque incorreu em erro relevante, seja porque não tinha consciência, no caso concreto, da existência de um elemento caracterizador da conduta típica (erro de tipo), ou porque acreditava agir de forma lícita (erro de proibição), cumpre investigar se este erro era evitável, isto é, se um servidor diligente não teria incorrido no mesmo erro.

Se o erro era evitável, cabe a responsabilização se existir uma modalidade culposa da conduta praticada. Se, por outro lado, mesmo o servidor diligente teria incorrido no mesmo erro, exclui-se a possibilidade de responsabilização, seja por ausência de dolo ou culpa (erro de tipo), seja por exclusão da culpabilidade (erro de proibição).

10.4.5. Princípio da Insignificância ou da Bagatela

Viu-se que o primeiro requisito da infração disciplinar é que a conduta seja típica, conjugadas as tipicidades objetiva e subjetiva. Portanto, a ausência tanto do dolo quanto da culpa afasta toda a tipicidade da conduta, que então não deverá ser considerada uma infração disciplinar.

Certas condutas, entretanto, poderão ser atípicas no Direito Penal, em virtude da inexpressiva ofensa que tiverem causado ao bem jurídico tutelado. Este é o fundamento do *Princípio da Insignificância ou da Bagatela*, defendido por alguns doutrinadores sob o argumento de que a tipicidade também exige que o bem jurídico protegido pela norma que prevê a infração seja efetivamente afetado, e, assim, a irrelevância da lesividade material do ato o excluiria do âmbito de proibição da norma, deixando de existir a tipicidade.

Seria possível adaptar este princípio ao Direito Disciplinar, abarcando aquelas condutas que à primeira vista seriam enquadráveis legalmente, mas que devido ao ínfimo potencial ofensivo, não são capazes de

afetar o interesse público tutelado. Contudo, como ele não consta expressamente reconhecido no ordenamento jurídico administrativo, pode também ser considerado uma decorrência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Segundo Bitencourt, "é imperativa uma 'efetiva proporcionalidade' entre a 'gravidade' da conduta que se pretende punir e a 'drasticidade da intervenção estatal'"[190].

Obviamente, a aplicação do princípio da insignificância, externando-se em um não-indiciamento do acusado, dependerá do caso concreto, já que a conduta deve ser realmente irrelevante dentro do contexto em que se encontra, valorada de acordo com a percepção do senso comum. Logo, a comissão deve saber diferenciar um fato insignificante para a regularidade interna da Administração Pública daquele pouco grave, mas que mereça ser apenado, pelo menos com advertência.

Como exemplo de aplicação do princípio da bagatela, a comissão não indiciaria um servidor público contra o qual apenas restou provado o uso pessoal da máquina fotocopiadora para a reprodução de documento de identidade que será utilizado pelo acusado em assuntos particulares. De outro lado, se o servidor responsável pela operação de máquina fotocopiadora cobra de particulares a reprodução de documentos, e retém a importância para si, ainda que se trate de valores ínfimos, a conduta do acusado demonstra falta de honestidade, o que caracteriza ofensa a bem jurídico protegido pela norma, afastando a aplicação do princípio da bagatela.

Com efeito, Carneiro[191] conclui:

> *A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem, para o Supremo Tribunal Federal, requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância.*

Por fim, vale relembrar a importância do princípio da insignificância no momento do juízo de admissibilidade para eventual instauração de procedimento disciplinar. Isto porque, conforme abordado no item 7.3, a Administração Pública dispõe do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) como forma de evitar a abertura de apuratórios disciplinares nos casos de infração de menor potencial ofensivo.

10.4.6. Enquadramento das infrações disciplinares

Como se viu no tópico anterior, entre os elementos que devem estar presentes na conduta do acusado para que se verifique a ocorrência de infração disciplinar, encontra-se a tipificação. Para verificar a presença deste elemento, essencial identificar qual a norma transgredida pelo acusado dentre aquelas descritas na lei como infração disciplinar, o que consiste, sumariamente, em identificar, dentre as hipóteses dos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112/90, aquela que melhor corresponde ao caso concreto.

Em alguns casos, porém, a conduta do acusado se enquadra em mais de uma das hipóteses previstas na lei, ou ainda o servidor pratica um conjunto de ações ou omissões que configuram várias condutas tipificadas como infração. No caso da prática de mais de uma conduta, onde cada uma tem seu respectivo enquadramento, independente um do outro, ocorre o que se chama de concurso material de infrações. Já quando o acusado através de uma única conduta viola mais de uma das hipóteses previstas na norma como infração, ocorre o concurso formal de infrações.

Tanto no concurso formal quanto no concurso material de infrações, na indiciação deverão constar ambos os enquadramentos da (s) conduta (s), sendo que a diferenciação será relevante para a aplicação da pena, que será tão somente agravada no concurso formal (aplica-se a pena prevista para a infração mais grave, majorada em função do concurso), e cumulada, se compatíveis, no concurso material (aplicam-se cumulativamente as penas previstas para cada uma das infrações, sendo compatíveis).

190 BITENCOURT, 2010, p. 51.

191 CARNEIRO, 2013.

Atente-se para a diferenciação entre concurso material ou formal de infrações e a reincidência, no intuito de se evitar a confusão de conceitos e o consequente erro no reflexo sancionatório. A condenação em mais de uma hipótese legal no mesmo processo administrativo disciplinar (concurso material ou formal de infrações) não torna o servidor público reincidente. Ele somente o será quando, uma vez condenado e apenado, sobrevier nova condenação em processo distinto, dentro do intervalo de tempo disposto na lei. A reincidência prevista na Lei nº 8.112/90 é a genérica e constitui objeto de estudo no capítulo 12.2.2.

10.4.7. Conflito aparente de normas

Existem ainda situações em que a única conduta praticada apenas aparenta configurar mais de uma infração, especialmente quando levamos em consideração que a descrição das infrações disciplinares, tal como previstas na Lei nº 8.112/90, não apresenta uma rigidez de conceitos como vemos no Direito Penal. Este "conflito aparente de normas", como é chamado, é resolvido através da aplicação de critérios, também chamados de princípios, advindos do Direito Penal, que orientam o correto enquadramento da conduta.

Inicialmente, deve-se descartar as hipóteses de concurso formal ou material de infrações, conforme discutido no tópico acima. Em seguida, aplicam-se os princípios da alternatividade, consunção, subsidiariedade e especialidade, que auxiliam na exclusão daqueles enquadramentos inadequados para o caso.

Pelo princípio da alternatividade, o intérprete deve buscar verificar se a conduta do servidor efetivamente comporta os enquadramentos previstos em dois ou mais dispositivos, porquanto em vários casos há incompatibilidade entre as infrações, ou seja, se ocorre a infração "A", incabível cogitar-se da infração "B". Não é possível enquadrar um ato em duas hipóteses legais contraditórias, onde, por exemplo, uma delas exija a configuração do dolo, ao passo em que a outra tenha natureza culposa.

Para a compreensão do princípio da subsidiariedade, deve-se entender que o adjetivo "subsidiário" remete a algo que é secundário. Lança-se mão deste princípio quando a definição de uma hipótese legal abrange ou contém a outra, sendo possível perceber que ambas versam sobre a mesma espécie de conduta. É o que irá diferenciá-las é justamente a gravidade da que fora praticada no caso concreto, graduada pelas circunstâncias dos fatos, pelo dano causado, e pelo ânimo subjetivo do acusado, dentre outros.

No conflito entre duas normas deste feitio, prevalecerá a mais grave quando puder ser demonstrada nos autos também a faceta mais grave da conduta. Portanto, daí advém a subsidiariedade: a hipótese legal de menor gravidade é secundária e somente irá figurar na indiciação quando não estiverem comprovados os elementos que autorizem o enquadramento na hipótese mais grave.

Esse princípio irá definir, por exemplo, qual das seguintes condutas previstas na Lei nº 8.112/90 será aplicada ao caso concreto: violação do dever de "guardar sigilo sobre assunto da repartição" (art. 116, VIII) ou "revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo" (art. 132, IX).

Por sua vez, aplica-se o princípio da consunção quando for possível observar que, para que uma das hipóteses legais tenha ocorrido, ela necessariamente "consumiu" a outra. Nesse sentido, presume-se que a infração "consumida" é menos grave, geralmente a violação de um dever, e o acusado tem que cometê-la para alcançar a infração principal, mais grave, fazendo com que esta prevaleça no momento da indiciação.

Dessa forma, a título de exemplo, o dever de ser leal às instituições a que servir (art. 116, II) é evidentemente violado quando o servidor aplica irregularmente o dinheiro público (art. 132, VIII) ou vale-se do cargo para beneficiar terceiro (art. 117, IX), todos eles dispositivos da Lei nº 8.112/90. No caso, prevalecerão, em vista do princípio da consunção, estes enquadramentos em detrimento do art. 116, II, porquanto o descumprimento do dever de lealdade constitui tão somente etapa prévia à execução das condutas previstas no art. 132, VIII ou no art. 117, IX.

Finalmente, o princípio da especialidade mostra-se útil em sede disciplinar principalmente quando o acusado for regido por estatuto próprio, além da Lei nº 8.112/90, uma vez que, por este critério, deve-se

procurar verificar se as infrações aparentemente em conflito guardam uma relação de gênero e espécie, sendo que a norma especial ou específica prevalece sobre as disposições gerais.

10.5. ENQUADRAMENTOS PREVISTOS NA LEI Nº 8.112/90

Nos itens que seguem, serão objetivamente analisadas todas as condutas que a Lei nº 8.112/90 caracterizou como infrações disciplinares. De maneira geral, é possível classificá-las em quatro grupos, de acordo com a gravidade da penalidade correspondente:

a) infrações leves: são aquelas que afrontam os deveres descritos no art. 116 da Lei nº 8.112/90 ou configuram as proibições descritas no art. 117, incisos I a VIII e XIX, da mesma Lei, às quais são aplicáveis as penalidades de advertência ou suspensão;

b) infrações médias: são aquelas puníveis exclusivamente com suspensão, encontram-se elencadas no art. 117, incisos XVII e XVIII e no art. 130, § 1°.

c) infrações graves: são aquelas descritas no art. 117, incisos IX a XVI, e art. 132, incisos II, III, V, VII, IX e XII da Lei nº 8.112/90; e

d) infração gravíssima: são aquelas descritas no art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI, da Lei nº 8.112/90, às quais é aplicável a penalidade de demissão, sendo que a lei proíbe o servidor expulso de retornar ao serviço público federal.

Observa-se que o legislador intentou graduar as infrações e, por conseguinte, suas consequências disciplinares, criando um sistema de tipos abertos, dificultando a atividade sancionadora em razão da proximidade das irregularidades descritas na legislação.

10.5.1. Descumprimento de Deveres

Antes de adentrar a análise propriamente dita de cada um dos deveres contidos no art. 116 da Lei nº 8.112/90, importante destacar que, diante da realidade institucional de cada órgão ou entidade, estes poderão estabelecer, em seus normativos internos, detalhamento e/ou complementação desses deveres.

Dessa forma, conduta de servidor de autarquia que acarretar descumprimento de dever inscrito exclusivamente em seu Regimento Interno pode ensejar aplicação de penalidade disciplinar por ofensa ao disposto no art. 116, inciso III, com fulcro na parte final do artigo 129 da Lei nº 8.112/90. Senão vejamos:

> *Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. (grifou-se)*

Convém relembrar que, ainda com fundamento na parte final do referido artigo, a transgressão aos deveres funcionais descritos no artigo 116 do Estatuto dos Servidores Públicos pode resultar em advertência ou suspensão, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Isto porque a parte final do art. 129 autoriza o agravamento da penalidade de advertência nos casos de violação a dever funcional, desde que presentes elementos que justifiquem a imposição de penalidade mais gravosa, tal como dano financeiro de grande monta.

10.5.1.1. Art. 116, inciso I (exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo)

O foco do dever acima descrito está na maneira como o servidor desempenha suas atividades dentro dos limites da função pública, sendo observados requisitos quantitativos e qualitativos, associando-se rendimento à eficiência na elaboração dos trabalhos.

Ressalte-se que, ao ser avaliada a conduta supostamente violadora de dever funcional, cumpre à comissão observar se as atividades desempenhadas pelos demais servidores se compatibilizam com aquela apurada em sede disciplinar. Por vezes, o colegiado entende que o servidor deveria ter sido mais diligente em suas atividades, sendo que esta exigência importaria em um desempenho extraordinário por parte do acusado, excedendo a conduta normal exigível.

O autor José Armando da Costa associa ao termo "zelo" à ideia de cuidado e desvelo, entendendo o termo "dedicação" como abnegação, consagração ou devotamento[192].

Ressalte-se que não é necessário que o servidor habitualmente exerça de forma desleixada suas atribuições para a caracterização de ofensa ao dever acima descrito, uma vez que a infração se perfaz com conduta única, ainda que nos assentamentos funcionais do servidor constem elogios ou menções honrosas.

10.5.1.2. Art. 116, inciso II (ser leal às instituições a que servir)

Entende-se por lealdade, para fins de cumprimento do dever aqui analisado, a observância das regras e princípios que norteiam o exercício das competências e atribuições da instituição à qual o acusado/investigado está vinculado. Conforme bem apontado por José Armando da Costa, "(...) lealdade, aqui erigida em dever funcional, não é em relação à pessoa do chefe, e sim às instituições a que serve o funcionário público"[193].

Tal dever pressupõe não só observância das regras e dos princípios regulamentadores da atividade administrativa, mas também, o respeito à hierarquia e subordinação inerentes ao poder hierárquico, como forma de lealdade à instituição. Ademais, não se pode olvidar que lealdade também é demonstrada pela postura colaborativa ao reportar à autoridade competente eventuais falhas detectadas passíveis de acarretar prejuízo à Administração, seja de cunho normativo ou técnico.

Do mesmo modo, este enquadramento veda a utilização indevida da imagem institucional quando desvinculada de interesse genuinamente público e afeto às atividades do órgão ou entidade a qual representa.

10.5.1.3. Art. 116, inciso III (observar as normas legais e regulamentares)

O dever descrito no inciso III do art. 116 da Lei nº 8.112/90 implica observância de qualquer norma jurídica, seja constitucional, legal ou infralegal. Assim, é possível aplicar penalidade disciplinar a servidor que tenha descumprido lei, regulamento, decreto, regimento, portaria, instrução, resolução, ordem de serviço, bem como decisões e interpretações vinculantes e princípios neles inscritos. Dessa forma, a comissão deve indicar, no indiciamento, qual norma teria sido descumprida pelo servidor, a fim de lhe garantir o pleno exercício do direito à ampla defesa.

Cumpre destacar que não cabe ao servidor avaliar a legalidade da norma ou a conveniência de cumpri-la ou não; caso se depare com norma evidentemente ilegal ou inconstitucional, deve provocar a autoridade competente para que a mesma seja alterada ou excluída do ordenamento jurídico ou, em casos graves, para representar contra a autoridade que a editou. Dessa forma, mesmo que em cumprimento à norma ilegal ou inconstitucional, ao servidor não será aplicada penalidade disciplinar por essa conduta. Tampouco poderá o servidor alegar desconhecimento da norma ou falta de treinamento/capacitação para justificar sua inobservância, conforme o entendimento abaixo:

> *Parecer-Dasp. Abandono de cargo – ignorância da lei*
>
> *A ignorância da lei não é cláusula excludente da punibilidade.*

Uma vez que, na grande maioria dos casos, as infrações disciplinares se realizam por meio da inobservância de alguma norma jurídica, recomenda-se que as comissões disciplinares, bem como a autoridade

192 COSTA, 2009, p. 327.

193 COSTA, 2009, p. 329.

julgadora, avaliem se a infração ao dever aqui discutido foi consumida por infração de maior gravidade ou especificidade.

Uma particularidade do dever aqui analisado refere-se às repercussões disciplinares do acesso imotivado a sistemas informatizados, isto é, para finalidade sem motivação legal. Convencionou-se realizar uma gradação da conduta, a depender da qualidade de quem recebe a informação acessada imotivadamente. Caso o servidor revele o conteúdo da consulta a outro servidor do órgão, ao qual ambos estão vinculados, tal conduta poderá caracterizar infração ao dever de guardar sigilo, inscrito no inciso VIII do art. 116 da Lei nº 8.112/90; quando o conteúdo é revelado a particulares, tal ato pode caracterizar a infração descrita no inciso IX do art. 132 da Lei nº 8.112/90 (revelação de segredo obtido em razão do cargo). Destaque-se, também, que o servidor tem o dever de guardar, proteger e utilizar a senha que lhe dá acesso aos sistemas, o que poderá implicar inobservância do dever inscrito no inciso I do art. 116 da Lei nº 8.112/90.

No que se refere ao sigilo de informações sobre operações financeiras, o art. 10 do Decreto 4.489, de 28 de novembro de 2002, expressamente determinou a caracterização da infração aqui comentada quando servidor público utilizar ou viabilizar a utilização indevida dessas informações. No art. 11 do mesmo diploma legal, determina-se a responsabilização administrativa pela indevida atribuição, fornecimento ou empréstimo de senha, bem como pelo uso indevido de senha restrita.

10.5.1.4. Art. 116, Inciso IV (cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais)

Com fundamento na presunção de legalidade dos atos administrativos, bem como em virtude do poder hierárquico inerente à atividade estatal, os servidores públicos têm o dever de acatar as ordens superiores. Nessa linha, o poder hierárquico estabelece uma relação de subordinação entre os agentes públicos, exteriorizada pelo dever de obediência às ordens e instruções emanadas pelos respectivos superiores hierárquicos.

Contudo, à medida que a conduta pública se vincula precipuamente ao princípio da legalidade, as ordens manifestamente ilegais não merecem observância ou cumprimento por parte do servidor. Ressalte-se, porém, que o servidor não pode fundar-se apenas na suspeita da ilegalidade da ordem para deixar de cumpri-la, sendo indispensável o flagrante descumprimento da lei na emissão do ato superior.

Desta forma, destaca-se que os agentes públicos têm o dever de acatar as ordens de seus superiores, desde que sejam legais, isto é, quando pautadas nos ditames da lei e emitidas de forma legítima (emanada de autoridade competente, respeito às formalidades exigidas e com objeto lícito).

No que tange à responsabilização pela emissão de ato ilegal, há de se ressaltar que o servidor deve possuir condições de perceber a ilegalidade da ordem a ele dirigida. Isto porque, caso o servidor não tenha condições de identificar a ilicitude da ordem – tendo conhecimento somente o superior hierárquico –, apenas este último sofrerá consequências disciplinares.

Do mesmo modo, conforme discutido no item 10.4.2.3, que trata das excludentes de culpabilidade, a coação moral irresistível impulsiona à inexigibilidade de conduta diversa por parte do servidor, o que afasta o terceiro elemento para caracterização da infração disciplinar.

> *CP - Coação irresistível e obediência hierárquica*
>
> *Art. 22. Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.*

No caso de a ordem ser manifestamente ilegal, ou seja, notoriamente auferível como um mandamento ilícito, o agente subordinado deve recusar seu cumprimento, em respeito à legalidade. Um exemplo disso é a hipótese de um servidor público federal receber ordem de seu superior hierárquico de nomear pessoa para ocupar determinado cargo público em que se exige legalmente provimento por concurso público (cargo público efetivo), sem que esta tenha prestado qualquer processo seletivo.

Na situação colocada, por ser manifestamente contrária ao que prevê a lei, o servidor não poderá cumprir a ordem, sob pena de também ser a ele imputada responsabilidade. Ao contrário, deverá representar contra a ilegalidade, na forma do dever previsto no art. 116, XII, da Lei nº 8.112/90 ("representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder").

A propósito da discussão, vale relembrar que o descumprimento de ordem judicial por servidor não incorre em transgressão ao presente dispositivo, pois sua capitulação requer a desobediência a ordens de superiores com vinculação hierárquica. De outro lado, a independência entre as instâncias assegura que o servidor possa ser responsabilizado em qualquer outra seara do direito, mesmo que não haja configuração de ilícito administrativo pelo descumprimento da ordem judicial.

10.5.1.5. Art. 116, inciso V (atender com presteza: a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo; b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal; C) às requisições para a defesa da Fazenda Pública

O mandamento legal é o de que o servidor deve acolher com a máxima rapidez e agilidade às solicitações emanadas dos Administrados, no exercício do direito constitucional de petição, previsto no art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal de 1988.

> *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *XXXIV - **são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:***
>
> *a) **o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder**;*
>
> *b) **a obtenção de certidões em repartições públicas**, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; (grifou-se)*

A Lei nº 8.112/90 regulamenta esta regra ao prever que deverão ser atendidos com celeridade e prontidão os pedidos de informações realizados por qualquer Administrado, desde que tais informações não se enquadrem no conceito de documentos sigilosos, as solicitações de certidões para a defesa de direito ou esclarecimento de interesse pessoal e as requisições da Fazenda Pública, pessoas jurídicas de direto público, para sua defesa em processos judiciais ou administrativos.

Nesse sentido, a morosidade ou injustificada lentidão do servidor em atender aos pedidos de direito configura o ilícito previsto neste dispositivo.

10.5.1.6. Art. 116, inciso VI (levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo)

Os servidores têm o dever de lealdade às instituições a que servirem, de acordo com o art. 116, II, da Lei nº 8.112/90, bem como, de forma ampla, ao próprio serviço público e à legalidade dos atos praticados. Em atenção ao dever de lealdade e à observância à legalidade administrativa, a lei impõe ao servidor a obrigação de denunciar a ocorrência de quaisquer irregularidades de que tome conhecimento em razão do exercício do cargo público.

Um exemplo desta hipótese normativa é a situação de um servidor público que seja integrante de comissão de licitação de seu respectivo órgão que, presenciando fraude no curso do certame, praticada pelos outros servidores que compõem o colegiado, queda-se inerte e não representa à autoridade superior acerca do fato. Por ter silenciado em não cientificar a autoridade superior da ilicitude que teve ciência, o servidor fere o dever previsto no art. 116, VI, da Lei nº 8.112/90.

Deve-se ressaltar que somente será responsabilizado, por infringir este dever, o servidor que eventualmente tomar conhecimento de irregularidade em virtude do exercício do cargo, não se aplicando à hipótese de ter sabido do fato em situações fora de suas atividades profissionais. Isto é, o dever somente se impõe quando a ciência da ilicitude decorre do exercício das atribuições do cargo.

Repise-se a necessidade de cautela no exercício da representação, pois o mau uso dessa prerrogativa pode incorrer em desvio de finalidade – porquanto represente mera perseguição pessoal –, capitulando no ilícito administrativo de descumprimento ao dever de lealdade.

Nesta hipótese, a comissão deve envidar todos os esforços no sentido de comprovar a má-fé do servidor cuja representação determinou real ou potencial prejuízo a terceiros, antes de impor-lhe sanção com fundamento neste fato isolado. Tal medida se impõe em vista da possibilidade de reparação penal ou civil em face do servidor causador de prejuízo a terceiros face à representação infundada.

De outro lado, vale lembrar que o Estatuto dos Servidores Públicos, em seu art. 126-A, trouxe especial proteção ao servidor que revele atos ilícitos praticados no âmbito da esfera pública no estrito cumprimento da sua função pública de representação. Senão vejamos:

> *Art. 126-A. Nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública.*

10.5.1.7. Art. 116, inciso VII (zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público)

Em princípio, o Estatuto prevê dois deveres diversos neste mesmo inciso. O primeiro é o zelo pela economia do material, o que nos remete à classificação de uma conduta culposa. Deve o servidor ter o devido cuidado e interesse em economizar, em gastar, com moderação e parcimônia, o material de expediente de sua repartição. A regra impõe a obrigação de que seja evitado, ao máximo, o desperdício dos materiais de consumo da unidade, bens de uso ordinário e habitual (Exemplo: papéis, canetas e os diversos materiais de pronto uso, necessários ao cumprimento das atividades públicas).

Além disso, o servidor deve conservar o patrimônio público. Este abrange o anterior, pois o termo "patrimônio público" alcança tanto os bens de uso diário (material de expediente), quanto os bens que compõem o acervo permanente da unidade, os bens duráveis (Exemplo: veículo, imóvel, móveis catalogados, etc.). O servidor deve empreender esforços para preservar e defender o patrimônio público, evitando dilapidação gratuita e prejuízo ao erário.

Para caracterização da conduta disposta neste inciso, será necessária a comprovação de conduta objetivamente aferível do servidor que indique o desleixo e o malbaratamento do patrimônio público, bem como a demonstração da presença do elemento culposo. Na hipótese de ato doloso, a conduta poderá ser subsumida nas condutas previstas no art. 117, XVI, ou no art. 132, X, ambos da Lei nº 8.112/90.

Recomenda-se que o processo disciplinar somente deva ser instaurado nos casos em que o prejuízo ao patrimônio público seja significativo, não ocorrendo infração disciplinar quando a conduta culposa do servidor atingir bens de valor ínfimo, como um grampeador ou uma caneta, em atenção ao princípio da insignificância. Ainda, quando a conduta caracterizar infração de menor potencial ofensivo deverá ser adotado, no âmbito do Poder Executivo Federal, o procedimento previsto na Instrução Normativa CGU nº 4/2020, que prevê o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), conforme já tratado neste Manual (item 7.3).

10.5.1.8. Art. 116, inciso VIII (guardar sigilo sobre assunto da repartição)

A norma prevê o dever do servidor de não revelar a terceiros todo e qualquer assunto que diga respeito às atividades internas da repartição em que exerce sua função.

Na lição de Léo da Silva Alves:

> *Guardar sigilo, como está nos estatutos, tem o sentido de evitar que os servidores espalhem informações em prejuízo à segurança e à regularidade dos serviços. Aqui, o agente não está atendendo ao interesse objetivo de um cidadão, mas levando gratuitamente informações a terceiros, muitas vezes comprometendo a eficácia de ações públicas.*[194]

Esta norma visa preservar os assuntos internos à repartição (afetos exclusivamente à repartição), que não podem ser divulgados para o público em geral.

Considerando a normatização mais gravosa trazida pelo art. 132, IX (conduta de revelar segredo do qual se apropriou em razão do cargo), é oportuno que a comissão avalie o elemento subjetivo da conduta.

Nas específicas hipóteses de quebra do sigilo dos documentos protegidos pelo regime de sigilo nos termos da Lei nº 12.527/2011, bem como dos dados protegidos por sigilo bancário, fiscal e telefônico, a eventual violação ao dever poderá configurar o crime contra a Administração Pública, previsto no art. 325 do Código Penal (Violação de sigilo funcional). Nessa esteira, o servidor incorrerá nas condutas previstas no art. 132, I, da Lei nº 8.112/90 (crime contra a Administração Pública) ou no art. 132, IX, do mesmo diploma, quando implicar em revelação de segredo de que se tenha apropriado em razão do cargo.[195]

A conduta em questão somente será configurada na modalidade culposa, quando por ato negligente ou imperito, o servidor venha a revelar segredo da repartição de que tenha conhecimento. Caso seja constatado o dolo do agente, má-fé na revelação ou divulgação do segredo de que devia guardar sigilo, o enquadramento legal passará a ser o previsto no citado art. 132, IX, da Lei nº 8.112/90 (conduta de revelar segredo do qual se apropriou em razão do cargo).

Ao passo que a conduta prevista no art. 116, VIII, do Estatuto refere-se ao dever de sigilo quanto a fatos que digam respeito ao ambiente da repartição, envolvendo assuntos formais ou mesmo informais do órgão, o tipo disciplinar insculpido no art. 132, IX, da Lei nº 8.112/90 é bastante específico, alcançando apenas a quebra de segredo de que se tenha apropriado em razão do cargo, como, por exemplo, a revelação indevida de dados protegidos por sigilo fiscal, bancário ou telefônico.

Ultrapassado o critério subjetivo, vale destacar a edição da Lei nº 12.527/2011 (lei de Acesso à Informação), que regulamenta o tratamento a ser dado ao direito de petição constitucionalmente protegido diante das informações qualificadas como públicas.

Ao estabelecer as específicas hipóteses autorizadoras de quebra de sigilo documental, na mesma linha, a Lei nº 12.527/2011 prevê a configuração de conduta ilícita e consequente responsabilização do agente público que incorrer nos casos previstos em seu art. 32, sendo a ele aplicável, no mínimo, a penalidade de suspensão. Senão vejamos:

> *Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar: (...)*
>
> *II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública; (...)*
>
> *IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;*
>
> *§ 1º. Atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no caput serão consideradas: (...)*
>
> ***II - para fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.***

194 ALVES, 2008, p. 86.

195 COSTA, 2009, p. 331

> *§ 2º. Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e nº 8.429, de 2 de junho de 1992. (grifou-se)*

À luz do normativo em destaque, que trata especificamente de condutas ilícitas e as equipara às infrações administrativas encartadas na Lei nº 8.112/90, pode-se inferir, por meio de uma interpretação teleológica, que o legislador não teve a intenção de alterar o conteúdo do Estatuto dos Servidores Públicos, mas tão-somente "qualificar" atos infracionais relacionados à informação pública.

Ora, a Lei nº 12.527/2011 dispõe sobre o tratamento a ser dispensado às informações qualificadas como públicas pela autoridade competente. Ainda, define o modo por meio do qual o cidadão poderá exercer seu direito de petição e, por fim, obter acesso à informação de seu interesse.

Logo, para a caracterização das infrações capituladas na legislação em apreço, é pressuposto formal que tenha sido realizado pedido formal de acesso à informação por cidadão, recaindo o dever de proteção da informação tida como restrita em todos os níveis de apreciação da petição. Portanto, ao fazer referência às infrações descritas na Lei nº 8.112/90, entende-se que a comissão deverá, nos casos em que houve revelação de informação indevidamente, apreciar se esta ocorreu em decorrência de um pedido de acesso à informação.

Nessa esteira, havendo a revelação imprópria de informação no curso da análise do pedido de acesso, a comissão deverá aplicar, no mínimo, a penalidade de suspensão – mesmo que se enquadre no art. 116, VIII, da Lei nº 8.112/90.

10.5.1.9. Art. 116, inciso IX (manter conduta compatível com a moralidade administrativa)

Os servidores devem pautar suas condutas por padrões éticos elevados. Não se trata de respeito à moralidade comum imposta pela sociedade atual, mas do atendimento a um padrão específico, denominado de moralidade administrativa. Tal regra foi erigida ao status de princípio constitucional, em atenção à previsão disposta no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988.

O conceito de moralidade em sentido amplo abarca todas as condutas externas do indivíduo no grupo social no qual está inserido. Plácido e Silva conceitua nos seguintes termos o ato imoral no sentido mais genérico:

> *IMORAL. Formado de moral, regido pelo prefixo negativo in, quer o vocábulo qualificar tudo o que vem contrariamente à moral ou aos bons costumes ou que é feito em ofensa a seus princípios. Assim, em relação à moral, o imoral está na mesma posição do ilícito em relação à lei. O ato imoral diz-se imoralidade, o que representa toda ofensa ou atentado ao decoro ou à decência pública, bem como todo ato de desonestidade ou de improbidade*[196].

De outro lado, é oportuno trazer à baila a lição da professora Di Pietro, que conceitua especificamente moralidade administrativa:

> *Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o* ***comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa***[197]*. (grifou-se)*

Nesse sentido, a moralidade a que o servidor deve alinhar-se é aquela interna à Administração Pública, vinculada ao exercício de suas funções, isto é, associada ao exercício do cargo público, à função pública. Os atos da vida privada que não repercutam direta ou indiretamente na vida funcional do servidor não ferem a moralidade administrativa, apesar de, em tese, violarem a moralidade comum do seio social.

196 SILVA, 2010, p. 414.

197 DI PIETRO, 2006, p. 78.

Assim, possível descumprimento de regra da moral privada não significa, por si só, violação à moralidade administrativa. Ressalta-se que tais condutas privadas podem ser censuráveis nos códigos de ética funcional, mas não na via disciplinar.

Diversos tipos de conduta indisciplinar previstos na Lei nº 8.112/90, em seus arts. 116, 117 e 132, têm como um dos seus fundamentos a violação ao princípio da moralidade administrativa. Por conseguinte, a subsunção de determinada conduta do agente no inciso IX do art. 116 somente deverá ser realizada se o ato infracional não configurar enquadramento mais específico, posto ser este dispositivo de aplicação subsidiária ou residual.

Uma vez que o dispositivo admite prática de ato doloso ou culposo, é necessária avaliação minuciosa da possível finalidade do ato praticado, visando ao enquadramento adequado às espécies legalmente definidas. Tanto é que, na hipótese de a conduta configurar ato de improbidade administrativa, na esteira dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, o enquadramento do ilícito disciplinar será o previsto no inciso IV do art. 132 da Lei nº 8.112/90.

Desse modo, as condutas da vida externa do servidor desvinculadas da função pública não são passíveis de sanção disciplinar, podendo receber censura apenas nos códigos de ética profissionais (no serviço público federal, vale o Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994 – Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal). De forma diversa, caso a conduta infracional ofenda ao princípio da moralidade administrativa, poderá ser enquadrada neste inciso IX do art. 116 do Estatuto ou em outras disposições disciplinares da lei, caso configure conduta específica do tipo.

10.5.1.10. Art. 116, inciso X (ser assíduo e pontual ao serviço)

É o dever de comparecimento ao local de trabalho nos dias e horários preestabelecidos. Em geral, as normas que cuidam da jornada de trabalho em âmbito federal remetem o tema à regulamentação interna, de modo que os dirigentes máximos de cada órgão ou entidade são os responsáveis por estabelecer o horário de funcionamento das respectivas pastas, obedecidos os parâmetros traçados pela Lei nº 8.112/90.

O dispositivo especifica dois deveres autônomos, quais sejam, ser assíduo e pontual, o que significa que a infração disciplinar se consuma com a inobservância de qualquer um deles. No contexto da norma acima transcrita, ser assíduo é qualidade de quem comparece com regularidade e exatidão ao lugar onde tem de desempenhar suas funções[198]. Já a pontualidade está relacionada à precisão no cumprimento do horário de trabalho[199].

A mera existência de faltas ou atrasos do servidor, desde que justificados, não configura o ilícito funcional em tela. Para que tais condutas produzam efeitos disciplinares, é necessário que o agente atrasado ou faltoso não apresente justificativa, ou que ela, uma vez apresentada, não seja acatada pela chefia imediata, que, neste caso, deverá expor os motivos da recusa.

A rigor, faltas e atrasos injustificados devem gerar os respectivos descontos na remuneração do servidor e não autorizam compensação em dias ou horários posteriores. É o que dispõe o artigo 44 da Lei nº 8.112/90. Importante ressaltar que a efetivação de tais descontos não afasta a incidência da infração disciplinar. Da mesma forma, falta ou atraso injustificado, ainda que seguido de compensação, não elide a ofensa ao dever de assiduidade/pontualidade.

Da literalidade da norma inscrita no inciso X do Estatuto Disciplinar, extrai-se que não existe tolerância para a inassiduidade ou impontualidade do servidor público federal. Assim, ao menos em tese, uma única falta ou atraso injustificado autorizaria a incidência da norma, a depender da análise do caso concreto. Recomenda-se, todavia, que o enquadramento no inciso em questão seja reservado aos comportamentos reiterados, tendo em conta que o verbo "ser" sugere certa repetição de conduta.

198 FERREIRA, 2009.

199 Idem.

O dever de assiduidade previsto no inciso X do artigo 116, da Lei nº 8.112/90, não se confunde com a inassiduidade habitual, infração grave, capitulada no artigo 132, III, da mesma lei, cujos requisitos de configuração constam do art. 139. Também não se deve confundir o dever de pontualidade com a proibição de ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato (art. 117, I, Lei nº 8.112/90). Embora se reconheça que o servidor que porventura incida nesta última proibição também estaria afrontando o dever de pontualidade, a distinção deve ser feita à luz da frequência em que os fatos são registrados. Se o comportamento for isolado, não havendo reiteração de atos, afasta-se a aplicação do inciso X do artigo 116, Lei nº 8.112/90, e o enquadramento deve ser feito no artigo 117, I, já que este não pressupõe reiteração de conduta.

Por fim, a inassiduidade do servidor, se verificada em razão da adesão deste a movimentos grevistas, não importa em ofensa ao artigo 116, X, a menos que a greve seja declarada ilegal pelo Poder Judiciário e o servidor se recuse a retornar ao trabalho. Sobre o tema "assiduidade e pontualidade" destacam-se as seguintes normas e orientações normativas:

a) Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995 – Dispõe sobre a jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais;

b) Decreto nº 1.867, de 17 de abril de 1996 – Dispõe sobre instrumento de registro de assiduidade e pontualidade dos servidores públicos federais da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional;

c) Formulação-Dasp nº 147. Impontualidade: As entradas com atraso e as saídas antecipadas, legitimamente tais, não são conversíveis para nenhum efeito, em faltas ao serviço; e

d) Lei nº 8.112/90 – Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais (artigos 19 e 44).

10.5.1.11. Art. 116, inciso XI (tratar com urbanidade as pessoas)

O inciso exige dos servidores a adoção de postura compatível com o desempenho da função pública. É que uma vez no exercício das atribuições relativas ao seu cargo, os atos praticados pelo servidor são atribuídos ao próprio Estado, daí a exigência de observância de determinados padrões de comportamento.

Urbanidade é sinônimo de cortesia, afabilidade[200]. No âmbito do estatuto funcional, significa que os servidores devem agir de forma respeitosa no trato com as pessoas com quem tenham contato no exercício de suas atividades, aí abrangidos os colegas de trabalho, superiores, subordinados e os particulares.

Para que o ilícito funcional se consume, é necessário que a conduta seja praticada por servidor no exercício de suas atribuições. Assim, o inciso em questão não abarca o comportamento do servidor no âmbito de sua vida privada. Também não se exige do servidor polidez excessiva, mas, conforme dito, apenas que cumpra suas atribuições com acatamento e respeito.

Não existe forma definida para a configuração do ilícito funcional em tela. Isso significa que a falta de urbanidade pode ocorrer de forma verbal, escrita ou até mesmo gestual, podendo alcançar, inclusive, os signatários de documentos oficiais.

Da literalidade do dispositivo, extrai-se que o dever em questão é incondicional, sendo que, a rigor, sua observância é obrigatória, ainda que o servidor tenha sido ofendido anteriormente, é dizer, não se tolera a falta de urbanidade, mesmo quando praticada a título de revide.

10.5.1.12. Art. 116, inciso XII (representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder)

O dispositivo visa tutelar a probidade no serviço público, incumbindo os próprios servidores de fiscalizar o uso regular dos poderes administrativos. Em muito se assemelha ao dever arrolado no inciso VI do

200 Idem.

artigo 116 do estatuto funcional, mas com ele não se confunde. É que enquanto aquele dispositivo estabelece um dever genérico de representação, o inciso em tela trata especificamente do dever de o servidor representar contra autoridade que lhe seja hierarquicamente superior.

A representação é o instrumento que permite ao servidor viabilizar o cumprimento de tal dever e constitui-se em peça escrita, sem maiores exigências formais, bastando que dela conste a narrativa clara dos fatos que envolvam a suposta ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

A norma em questão abrange três situações. A primeira delas é a ilegalidade, assim entendida como qualquer ato que desrespeite as normas legais e regulamentares a que os servidores estejam submetidos. Desse modo, o termo "ilegalidade" deve ser entendido em seu sentido amplo, abrangendo não apenas a ofensa às leis, mas também os atos administrativos normativos em geral (decretos, resoluções, portarias, regimentos, etc.).

Já a omissão é o não fazer aquilo que juridicamente se devia fazer. De se notar, pois, que, sob o ponto de vista disciplinar, a omissão do superior hierárquico só é relevante quando desrespeita normas e princípios jurídicos, o que significa que, a rigor, omissões relativas a deveres morais do superior hierárquico não geram o dever de representar.

Finalmente, o abuso de poder é o gênero que tem como espécies o excesso de poder ("quando o agente público exorbita de suas atribuições"[201]) e o desvio de finalidade (pratica ato com inobservância do interesse público ou com objetivo diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na lei"[202]).

Ademais, forçoso observar que a consumação da infração disciplinar ocorre no momento em que o servidor, ao ter conhecimento do ato ilegal, omisso ou abusivo, abstém-se de representar em desfavor do seu superior hierárquico.

Por fim, entende-se haver a violação desse dever funcional apenas nos casos em que o servidor tenha consciência da ilegalidade, omissão ou abuso decorrente do ato praticado pelo superior hierárquico; e, mesmo diante da ciência da irregularidade de tal fato, abstenha-se de representar (dolo).

10.5.2. Infração às Proibições

O art. 117 da Lei nº 8.112/90 prevê uma série de condutas que são vedadas aos servidores públicos. Parte delas constituem as chamadas infrações leves, sujeitas que estão às penalidades de advertência ou suspensão (incisos I a VIII e XIX), conforme autoriza o art. 129. Já os incisos IX a XVI, por sua vez, são infrações sujeitas à pena de demissão (graves), e, por fim, os incisos XVII e XVIII são apenados com suspensão (médias).

Neste ponto, vale ressaltar que a atuação da autoridade administrativa na dosimetria da penalidade deve considerar o que informa o art. 128 do Estatuto dos Servidores Públicos:

> *Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.*

Logo, a autoridade julgadora deverá utilizar-se dos critérios previstos no art. 128 visando compatibilizar a reprimenda com a infração cometida, a fim de subsidiar o agravamento previsto na parte final do art. 129, o qual autoriza a aplicação de penalidade de suspensão mesmo nos casos em que houve a violação dos dispositivos correspondentes à pena de advertência.

> *Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave. (grifou-se)*

201 DI PIETRO, 2006, p. 239.

202 Idem, p. 242.

Isto posto, seguem breves comentários sobre cada uma das infrações previstas no art. 117.

10.5.2.1. Art. 117, inciso I (ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato)

Conforme disciplina o art. 19 da Lei nº 8.112/90, regulamentado pelo Decreto nº 1.590/95, os servidores cumprirão a jornada de trabalho fixada para seu cargo, a qual, em regra, é de oito horas diárias, sendo que os ocupantes de cargos ou função de confiança se sujeitam ao regime de dedicação integral.

Com o objetivo de tutelar o cumprimento desta jornada de trabalho, e bem assim assegurar o respeito à hierarquia e o bom funcionamento da atividade administrativa, a lei pune a conduta do servidor que deixa seu local de trabalho, abandonando o serviço durante a sua jornada diária, sem autorização de seu superior hierárquico.

O art. 117, inciso I, constitui um complemento em relação à previsão do art. 116, inciso X, que impõe aos servidores o dever de "ser assíduo e pontual ao serviço", punindo, além do descumprimento do horário de trabalho (pontual) e faltas (assíduo), também as saídas injustificadas durante o expediente.

Diferentemente do art. 116, inciso X, é possível caracterizar a proibição prevista no art. 117, inciso I, mesmo diante de um único ato, não sendo necessário que as saídas injustificadas tenham sido reiteradas. Relembre-se, contudo, que o objetivo da norma é proteger a hierarquia e o funcionamento da repartição, não se configurando infração disciplinar quando não haja efetiva ofensa a estes preceitos, como no caso de pequenos incidentes normais no cotidiano da Administração Pública.

Ocorrendo ofensa ao art. 117, inciso I, deve o chefe imediato além de adotar as providências com vistas à responsabilização disciplinar do servidor, realizar o corte do ponto, a fim de que seja descontada a parcela da remuneração diária proporcional à ausência, nos termos do art. 44, inciso II, da Lei nº 8.112/90.

10.5.2.2. Art. 117, inciso II (retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição)

A norma veda ao servidor público a retirada de qualquer bem da repartição sem prévia autorização, no intuito de manter os objetos e documentos públicos no ambiente de trabalho e à disposição daqueles legitimamente interessados (servidores e administrados), bem como de evitar o uso particular dos referidos bens.

Deve-se atribuir sentido amplo à expressão "qualquer documento ou objeto da repartição", abrangendo equipamentos, mobiliário, veículos e processos administrativos que estejam à disposição do serviço, entre outros.

Quando o servidor obtém anuência da autoridade competente para retirar o objeto da repartição, mas o intuito é de utilizar o bem com ofensa ao interesse público, ou sem a intenção de restituí-lo, pode-se configurar uma das infrações disciplinares previstas nos arts. 117, IX e XVI (valimento do cargo e utilização de recursos públicos para fins particulares) ou art. 132, IV e X (improbidade administrativa e dilapidação do patrimônio).

Assim, apesar de o inciso não esclarecer acerca do ânimo subjetivo (dolo ou culpa) necessário à sua configuração, resta ao responsável pelo enquadramento atuar com razoabilidade, especialmente diante de conduta culposa do agente. Pois, pela leitura do inciso, a retirada de documentos para a execução de trabalhos em casa, sem anuência, e havendo restituição posterior, em tese, resultaria na subsunção à norma.

Neste sentido, vale citar a Formulação Dasp nº 82, que interpretando dispositivo idêntico previsto no antigo Estatuto do Funcionário (Lei nº 1.711/52), sustenta que "*a infração prevista no item II do art. 195 do Estatuto dos Funcionários pressupõe a intenção de restituir*".

10.5.2.3. Art. 117, inciso III (recusar fé a documentos públicos)

Nos termos do art. 19, inciso II, da Constituição Federal, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios "recusar fé aos documentos públicos". Dando efetividade ao disposto na Constituição, a Lei nº 8.112/90 prescreve ser proibido a todo servidor negar a veracidade e legitimidade dos documentos públicos.

O dispositivo tutela tanto a relação entre Entes Federativos (que entre eles não haja distinções quanto à validade dos documentos emitidos), quanto a celeridade no atendimento dos interesses dos administrados.

É claro que se o documento público apresentar indícios de falsidade, como rasuras e alterações grosseiras, ou ainda se for apresentada cópia não autenticada, inviável a responsabilização do servidor que justificadamente recusou o documento, por suspeitar de que não se tratava de documento legítimo.

10.5.2.4. Art. 117, inciso IV (opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço)

A partir da posse no cargo público, o servidor assume um conjunto de atribuições, as quais deve exercer sempre atento às normas e regulamentos vigentes, bem como aos princípios que informam a atividade administrativa.

Nessa esteira, a primeira parte do dispositivo busca impedir que o servidor público, utilizando-se dessa condição, imponha obstáculos ao regular andamento de documento ou processo no âmbito da repartição pública. Do mesmo modo, proíbe a imposição de requisitos os quais impeçam o administrado de exercitar seu direito de peticionar junto à Administração Pública.

Ainda, o inciso veda a atuação morosa do servidor – da qual resulte ou não prejuízo ao administrado –, desde que não haja justificativa para a lentidão no cumprimento de suas obrigações em face do documento ou processo.

A última parte do inciso refere-se ao exercício do poder hierárquico. Isto é, o servidor não pode opor-se injustificadamente à execução de serviço conferido a ele por seu superior hierárquico; remanescendo, contudo, destaque quanto ao dever de não cumprimento de ordem manifestamente ilegal previsto no art. 116, inciso IV, da Lei nº 8.112/90.

10.5.2.5. Art. 117, inciso V (promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição)

Pune-se o servidor que, no local de trabalho, age de forma a perturbar a ordem da repartição, por meio de manifestações excessivas de admiração ou menosprezo em relação aos colegas ou demais pessoas com quem se relaciona no exercício do cargo.

Elogios ou críticas são normais no ambiente de trabalho, não sendo vedadas pela norma. O que o dispositivo protege é a boa ordem da repartição, e não a manifestação de opiniões ou a discussão de fatos e temas inerentes à repartição.

Por local de trabalho entende-se o recinto físico do órgão ou entidade, bem como o disponibilizado pelos meios digitais de comunicação online.

Por fim, cabe ressaltar que o inciso merece cuidado, para fins de enquadramento é importante observar se a manifestação de que trata o dispositivo incorreu na obstrução do atendimento ao público, bem

como se a conduta foi praticada no exercício das atribuições, ou tem relação com as atribuições do cargo em que o agente público se encontre investido, conforme disposto no art. 148 da Lei nº 8.112/90

10.5.2.6. Art. 117, inciso VI (cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado)

A norma proíbe o servidor de transferir tarefas próprias de agentes públicos – suas ou de seus subordinados – a terceiros que não integram os quadros da Administração Pública, excetuados os casos expressamente previstos em lei.

A conduta prevista neste inciso é afastada diante da impossibilidade de cumprimento da obrigação pelo servidor de forma pessoal, momento em que pode necessitar do auxílio de terceiros para a conclusão da atividade.

Da mesma forma, , quando o servidor atribui à pessoa estranha à Administração encargo que não esteja na competência de cargo público, não se configura a infração.

10.5.2.7. Art. 117, inciso VII (coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político)

O dispositivo veda a conduta do chefe que constrange os subordinados, por meio de ameaças, promessas de favorecimento, ou qualquer tipo de opressão envolvendo o uso irregular do poder hierárquico, a fim de que aqueles se filiem à associação profissional ou sindical, ou a partido político.

Da leitura do dispositivo, percebe-se que a infração só pode ser cometida pelo servidor que detém ascendência hierárquica em relação a outros agentes públicos. De outro lado, a norma não proíbe meros convites ou a exposição de opinião em relação à entidade profissional ou sindical, ou a partido político.

Deve-se tomar cuidado também para não caracterizar como infração atos da vida privada do servidor. Com efeito, esta infração pressupõe a utilização da hierarquia como forma de pressão para que o subordinado se sinta constrangido, afastando-se a infração se a conduta ocorreu de forma totalmente desvinculada do exercício do cargo público.

10.5.2.8. Art. 117, inciso VIII (manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil)

Trata-se de norma que busca proteger a impessoalidade e a moralidade na relação entre chefes e subordinados, proibindo situações que possam ocasionar confusão entre assuntos da repartição e as relações familiares (princípio da impessoalidade), e bem assim impedindo favoritismo, em especial o nepotismo (princípio da moralidade).

A esse respeito, mesmo antes da publicação do Decreto nº 7.203, de 4 de junho de 2010, que trata da vedação ao nepotismo na Administração Pública federal, a jurisprudência caminhava no sentido de repudiar a prática ilícita, inclusive a condenando como ato de improbidade administrativa. Senão vejamos:

> *ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NEPOTISMO – VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – DESNECESSIDADE DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO.*
>
> *(...)*
>
> *3. Hipótese em que o Tribunal de Justiça, não obstante reconheça textualmente a ocorrência de ato de nepotismo, conclui pela inexistência de improbidade administrativa, sob o argumento de que os serviços foram prestados com 'dedicação e eficiência'.*

4. O Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/DF, ajuizada em defesa do ato normativo do Conselho Nacional de Justiça (Resolução 7/2005), se pronunciou expressamente no sentido de que o nepotismo afronta a moralidade e a impessoalidade da Administração Pública.

5. O fato de a Resolução 7/2005 - CNJ restringir-se objetivamente ao âmbito do Poder Judiciário, não impede – e nem deveria – que toda a Administração Pública respeite os mesmos princípios constitucionais norteadores (moralidade e impessoalidade) da formulação desse ato normativo.

6. A prática de nepotismo encerra grave ofensa aos princípios da Administração Pública e, nessa medida, configura ato de improbidade administrativa, nos moldes preconizados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992.

7. Recurso especial provido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.009.926/SC. Relatora: Ministra Eliana Calmon, publicado em 10/2/2010)

Seguindo o clamor social pelo resgate à moralidade administrativa, em 2008, o STF editou a Súmula Vinculante nº 13[203], ampliando as hipóteses de vedação ao nepotismo (direto ou cruzado) e vinculando toda a Administração Pública federal à obediência de sua aplicação.

Nessa esteira, visando regular a forma como seria tratada a matéria no âmbito do Poder Executivo Federal, editou-se o Decreto nº 7.203/10, o qual tratou do nepotismo no âmbito da Administração Pública federal.

Art. 3º. No âmbito de cada órgão e de cada entidade, são vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento, para:

I - cargo em comissão ou função de confiança;

II - atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público, salvo quando a contratação tiver sido precedida de regular processo seletivo; e

III - estágio, salvo se a contratação for precedida de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.

§ 1º. Aplicam-se as vedações deste Decreto também quando existirem circunstâncias caracterizadoras de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, especialmente mediante nomeações ou designações recíprocas, envolvendo órgão ou entidade da administração pública federal.

§ 2º. As vedações deste artigo estendem-se aos familiares do Presidente e do Vice-Presidente da República e, nesta hipótese, abrangem todo o Poder Executivo Federal.

§ 3º. É vedada também a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública federal de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade.

Estabelecidos os critérios de vedação, em seu art. 4º, inciso I, o Decreto tratou da exceção aplicável aos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo. Senão vejamos:

Art. 4º Não se incluem nas vedações deste Decreto as nomeações, designações ou contratações:

203 Súmula Vinculante STF nº 13 - A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

> *I - de servidores federais ocupantes de cargo de provimento efetivo, bem como de empregados federais permanentes, inclusive aposentados, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo ou emprego de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão ou função comissionada a ocupar, além da qualificação profissional do servidor ou empregado;*

Interpretando-se o disposto no art. 4º do referido decreto, infere-se que a proibição contida no inciso VIII, do art. 117, da Lei nº 8.112/90, alcança somente os ocupantes de cargos em comissão e funções de confiança, sendo legalmente aceitável a subordinação de familiar ou parente, desde que este ocupe cargo de provimento efetivo.

Vale ressaltar, ainda, que a redação do dispositivo limita a proibição aos casos de relações de parentesco entre chefe imediato e subordinado, não se aplicando quando há um chefe intermediário entre os servidores que sejam parentes, nem entre colegas do mesmo nível hierárquico.

Diante do exposto, cumpre-nos destacar que o dispositivo em questão estabelece como vínculo familiar, para os fins a que se destina, "cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil".

Contudo, a Súmula Vinculante STF nº 13 e o Decreto nº 7.203/10 ampliam as hipóteses de vedação à subordinação nos termos do que define como familiar:

> *Art. 2º. Para os fins deste Decreto considera-se:*
>
> *(...)*
>
> *III - familiar: o cônjuge, o companheiro ou o parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau.*

Nessa linha, a comissão deve se limitar ao "tipo" descrito na Lei nº 8.112/90 quando recomendar o enquadramento neste dispositivo, lembrando-se que, a sua transgressão somente poderá ensejar as penalidades de advertência ou suspensão.

Portanto, pode-se dizer que se aplica a casos nos quais seja verificada conduta culposa do chefe imediato, pois, segundo o entendimento da jurisprudência pátria, havendo o dolo genérico na prática de nepotismo, o servidor incorrerá, inclusive, em improbidade administrativa – acarretando pena de demissão.

> *RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. CÂMARA MUNICIPAL. FILHA DE VEREADOR. PRESIDENTE. DOLO GENÉRICO CARACTERIZADO. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO DE PRIMEIRO GRAU. ART. 11 DA LEI Nº 8.429/1992.*
>
> *1. O nepotismo caracteriza ato de improbidade tipificado no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, sendo atentatório ao princípio administrativo da moralidade.*
>
> *2. Dolo genérico consistente, no caso em debate, na livre vontade absolutamente consciente dos agentes de praticar e de insistir no ato ímprobo (nepotismo) até data próxima à prolação da sentença.*
>
> *3. Não incidência da Súmula 7/STJ.*
>
> *4. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.286.631/MG. Relator: Ministro Castro Meira, publicado em 22/8/2013)*

Ademais, forçoso observar a viabilidade de se realizar o enquadramento no dispositivo que trata de "valimento de cargo" (art. 117, IX), ao passo que, a depender do caso concreto e do elemento subjetivo da prática (dolo), o ato de manter familiar sob a chefia imediata pode caracterizar e ensejar medida expulsiva.

A Lei nº 8.112/90 faz referência, exclusivamente, à vedação de manter familiar ou parente sob a chefia imediata. Contudo, não se pode esquecer das hipóteses de "nepotismo cruzado", comumente ocor-

ridas no âmbito da administração pública, bem como as hipóteses de nomeação para funções de confiança (exclusivas de servidor efetivo).

Acerca desse item, o Decreto nº 7.203/10 é contundente:

> *§ 1º. Aplicam-se as vedações deste Decreto também quando existirem circunstâncias caracterizadoras de ajuste para burlar as restrições ao nepotismo, especialmente mediante nomeações ou designações recíprocas, envolvendo órgão ou entidade da administração pública federal.*

Entende-se, porém, que, na ausência de previsão legal no Estatuto dos Servidores Públicos acerca dessa prática imoral, a comissão pode vincular o fato irregular a diversos enquadramentos – desde violação de dever funcional ao valimento de cargo –, a depender da existência ou não do dolo.

10.5.2.9. Art. 117, inciso IX (valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública)

A proibição prevista neste dispositivo busca punir as condutas dos servidores públicos que agem de forma contrária ao interesse público, valendo-se do seu cargo ou da sua condição de servidor público para atender interesse privado, em benefício próprio ou de terceiro.

Este inciso prescreve um dever moral diretamente vinculado ao exercício da função pública. Portanto, para que seja definitivamente configurado o valimento de cargo (aqui tratado com esta nomenclatura para fins didáticos), a comissão deverá observar a intencionalidade e consciência do ato infracional, uma vez que é imprescindível a configuração da sobreposição do interesse particular ao público.

Ao analisarmos o "tipo", observa-se que o servidor deverá valer-se do seu cargo, bem como das prerrogativas a ele inerentes, em busca de obter proveito próprio ou de outrem. Logo, a prática irregular aqui descrita vincula-se essencialmente ao cargo, pois somente servidor investido na função pública será capaz de utilizar-se dessa condição para auferir proveito próprio ou a outrem em detrimento do interesse público.

A conduta praticada pelo infrator tanto pode ser inerente às suas atribuições legais, caracterizando desvio de função, quanto o servidor pode se valer da sua posição de agente público e, simulando deter competência, praticar ato contrário ao interesse público.

A infração prevista no art. 117, inciso IX, tem natureza dolosa, isto é, só se configura se o agente age com consciência e vontade de estar se valendo do cargo para benefício próprio ou de terceiro. No caso de o agente praticar ato contrário ao interesse público de forma culposa, pode estar cometendo outra infração, como, por exemplo, o descumprimento do dever previsto no art. 116, inciso III, da Lei nº 8.112/90 (observar as normas legais e regulamentares).

Importante frisar que o benefício perseguido pelo agente público tanto pode ser para si mesmo, quanto para terceiros. No caso de benefício a terceiros, não importa se este terceiro prometeu ou não retribuição ao favor, simplesmente porque o dispositivo assim não exige; o que importa em dizer que estamos diante de um ilícito de natureza formal.

Portanto, a infração ocorre independentemente de o servidor ter auferido o benefício para si ou para outrem, isto é, para a caracterização do ilícito não é necessário demonstrar o prejuízo da Administração ou o efetivo benefício do servidor, bastando que ele tenha praticado a irregularidade com este objetivo.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça vem adotando a orientação de que o ilícito aqui reportado dispensa o recebimento de qualquer vantagem financeira por parte do servidor infrator, sedimentando a natureza formal do ilícito. Senão vejamos:

> *O ilícito administrativo de valer-se do cargo para obter para si vantagem pessoal em detrimento da dignidade da função pública, nos termos do art. 117, IX da Lei nº 8.112/90 é de natureza formal, de sorte que é desinfluente, para sua configuração, que os valores tenham sido posteriormente resti-*

tuídos aos cofres públicos após a indiciação do impetrante; a norma penaliza o desvio de conduta do agente, o que independe dos resultados

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 14.621/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado em 30/6/2010)

Ademais, é forçoso observar que a desnecessidade de obtenção de vantagem financeira pelo servidor também alcança o terceiro cuja vantagem fora atribuída. Isto é, nesta hipótese de concessão de benefício a terceiro, a comissão deverá comprovar somente o liame entre a vantagem ilegítima – seja ela de qualquer espécie – e o uso irregular do cargo público pelo agente responsável.

Não obstante não seja tarefa fácil comprovar o auferimento de vantagem decorrente do exercício irregular da função pública, a comissão deve observar as regulamentações atinentes à atividade desenvolvida pelo servidor. Ora, uma vez que o servidor somente pode atuar nos estritos limites da legalidade, a transgressão de normativos reguladores da sua função poderá indicar a violação deste dispositivo; desde que observados os elementos caracterizadores do valimento de cargo.

Logo, para fins de enquadramento, a comissão deverá observar a gravidade do ato tido como irregular, bem como as consequências dele decorrentes, para que, a depender desses elementos, possa ponderar por capitulação mais gravosa como a improbidade administrativa, por exemplo.

10.5.2.10. Art. 117, inciso X (participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário)

Ao servidor público federal é proibido atuar como gerente ou administrador de sociedade privada ou exercer o comércio, observadas as exceções legalmente admitidas. À luz do referido dispositivo, apontam-se dois objetos que são protegidos por esta norma:

a) a dedicação e compromisso do servidor para com o serviço público; e

b) a prevenção de potenciais conflitos de interesse entre os poderes inerentes ao cargo público e o patrimônio particular dos servidores, já que em muitas ocasiões poderá haver influência positiva do Poder Público na atividade empresarial (nomenclatura utilizada para fins didáticos).

Impende observar que a vedação prevista no aludido dispositivo pode ser segmentada em duas partes: (i) participação como gerente ou administrador em sociedade privada, personificada ou não e (ii) exercer o comércio.

Primeiramente, cumpre-nos esclarecer a abrangência dada pelo Código Civil à definição de pessoa jurídica de direito privado, nos termos do art. 44:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Isto posto, passemos à análise da primeira parte do inciso.

Ao se referir à participação em sociedades, a Lei nº 8.112/90 afasta, por ora, a aplicabilidade do dispositivo à atuação empresária individual prevista no inciso VI, art. 44, do Código Civil.

As sociedades, por sua vez, são aquelas pessoas jurídicas constituídas a partir de um contrato no qual os participantes se obrigam reciprocamente "a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica"[204], partilhando os resultados entre si.

As sociedades podem ser empresárias ou simples, conforme a atividade que desenvolvem. São consideradas empresárias aquelas que exercem "profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços", e simples as demais, inclusive aquelas dedicadas ao exercício de "profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa" (art. 966, parágrafo único, do Código Civil).

Sociedades personificadas são aquelas cujos atos constitutivos (contrato social) estão inscritos no registro próprio e na forma da lei (art. 985 do Código Civil), sendo que as sociedades empresárias devem registrar seus atos constitutivos no Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e as sociedades simples no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (arts. 985 e 1.150 do Código Civil).

> *Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.*
>
> *Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.*
>
> *Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).*
>
> *Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.*

As sociedades não personificadas são aquelas que não tiveram seus atos constitutivos inscritos no registro próprio, isto é, não possuem personalidade jurídica própria. Assim, são reguladas por contrato ou acordo firmado entre seus sócios, razão pela qual o ajuste torna-se não oponível a terceiros.

Regem-se pelas regras dispostas nos arts. 986 a 996 do Código Civil, e têm como principal diferença em relação às sociedades personificadas a responsabilização direta de seus sócios pelas dívidas contraídas pela sociedade.

O Código Civil vigente permite a organização da sociedade através de diversos modos, cada qual com regras próprias e consequências distintas para os sócios e as demais pessoas que se relacionam com a sociedade. Para este estudo, basta saber que todas estas formas de organização das sociedades (sociedade em comum, em conta de participação, simples, em nome coletivo, comandita simples, limitada ou anônima), disciplinadas nos arts. 981 a 1.112 do Código Civil, estão abrangidas na expressão "sociedade privada" do art. 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, com a única exceção das cooperativas, constituídas para prestar serviços aos seus membros, conforme parágrafo único, inciso I, deste dispositivo.

Importante ressaltar que não estando abrangidas entre os conceitos legais de sociedade, a participação dos servidores na gerência ou administração de associações, fundações, organizações religiosas ou partidos políticos não é vedada por este dispositivo.

De outro lado, o dispositivo não veda a participação do servidor em contrato de sociedade, à medida em que a proibição se dirige ao agente público que atua na administração ou gerência de sociedade – seja de fato ou de direito.

204 Art. 981 da Lei nº 10.406/2002, Código Civil.

Assim, figurar como sócio em contrato social não configura, por si só, a infração disciplinar. É preciso verificar se o servidor participa da sociedade como gerente ou administrador. Da mesma forma, o simples fato de o servidor constar do contrato do social como mero sócio cotista, acionista ou comanditário[205], como consta da parte final do inciso X do art. 117, não afasta por completo a possibilidade do enquadramento, em especial quando há indícios de que o servidor atua na administração ou gerência da sociedade (participação de fato).

É o caso do servidor que, não constando do quadro social, ou constando apenas como sócio, se utiliza de um sócio-gerente ou administrador meramente formal, normalmente seu parente próximo, atuando o servidor de maneira oculta como o verdadeiro gestor da sociedade.

Sem a pretensão de uma conceituação rigorosa, administrador é aquele designado pelo contrato social ou outro ato societário com amplos poderes de coordenação e mando das atividades societárias; gerente, por sua vez, é o empregado da sociedade contratado para gerir os negócios, comprando insumos, contratando e dispensando mão de obra, assinando contratos, etc.

Portanto, não basta que o servidor, na qualidade de sócio ou acionista, participe das reuniões ou assembleias societárias, ou ainda fiscalize as atividades da sociedade, que são poderes intrínsecos à qualidade de participante do contrato de sociedade.

> *ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. NULIDADE DE PROCESSO DISCIPLINAR NÃO CONFIGURADA. REQUISITOS DA PORTARIA INSTAURADORA DA COMISSÃO E DO PAD. ATENDIMENTO. ELEMENTOS BALIZADORES DO ATO ADMINISTRATIVO NÃO DESCONSTITUÍDOS. PENALIDADE DE DEMISSÃO MANTIDA.*
>
> *(...)*
>
> *4. O servidor demitido do serviço público não apresentou elementos de convicção que o eximisse da responsabilidade de infringir proibição de participar de gerência e administração de sociedade privada (art. 117, X, da Lei nº 8.112/90).*
>
> *5. Para a configuração da infração não é necessário que o servidor figure de direito no contrato social, estatuto ou perante órgãos tributários.* ***O enquadramento é, precipuamente, fático e não apenas de direito. Havendo prática de atos gerenciais ou de administração por parte do servidor, configura-se a vedação legal.*** *E no caso, a prova é farta neste sentido.*
>
> *6. Não comprovada qualquer ilegalidade ou desvio de finalidade do ato administrativo que impôs a pena de demissão do serviço público à autora, uma vez que os elementos balizadores da decisão administrativa que gerou a Portaria de demissão não foram desconstituídos no processo judicial e não houve qualquer irregularidade no procedimento instaurado administrativamente.*
>
> *7. Apelação a que se nega provimento. (grifou-se)*
>
> *(BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC nº 266/BA. Relatora: Desembargadora Ângela Catão, publicado em 14/9/2012)*

Deste modo, ainda que o servidor esteja designado no contrato social como sócio-gerente ou administrador, cumpre comprovar efetivamente os atos de gerência e administração para que o servidor seja responsabilizado. Pois, por diversas vezes, observa-se a manutenção do servidor no contrato social da empresa na qualidade de administrador ou gerente, função esta não exercida pelo agente público efetivamente.

Neste sentido, é oportuna a transcrição do Enunciado nº 9 da CGU:

> *ILÍCITO SÓCIO-GERÊNCIA – ATUAÇÃO FÁTICA E REITERADA. Para restar configurada a infração disciplinar capitulada no inciso X do art. 117 da Lei nº 8.112/90, é preciso que o servidor, necessa-*

205 Estes conceitos estão ligados à participação do sócio no patrimônio da sociedade, ou seja, qual o percentual da sociedade que pertence ao sócio. Grosso modo, o sócio detém a propriedade da sociedade na proporção das ações ou cotas que possuir em relação ao total de ações ou cotas existentes. Sócios cotistas, acionistas ou comanditários, portanto, são aqueles que aportaram capital à sociedade, sem necessariamente participar da administração da sociedade.

riamente, tenha atuado de fato e de forma reiterada como gerente ou administrador de sociedade privada.

Enunciado CGU nº 9, publicado no DOU de 16/11/2015, seção 1, página 41

Convém ressaltar que a apuração da comissão abrange fatos pretéritos, isto é, o colegiado deve averiguar se o servidor realizou os atos de gerência e administração após sua nomeação ao cargo público, porquanto a infração não alcance momento anterior à posse na função incompatível.

Vale citar também entendimento segundo o qual um ou poucos atos de gestão não configuram a infração em comento, tendo em vista a interpretação que se extrai da palavra "participar de gerência ou administração de sociedade privada". Neste sentido:

Parecer-PGFN/CJU/CED nº 1.237/2009

(...)

148. É interessante notar que os verbos típicos que compõem a proibição administrativo-disciplinar, "participar" e "exercer", no âmbito penal estão normalmente identificados àquilo que a doutrina e a jurisprudência qualificam como crime habitual, o qual é caracterizado por abalizada doutrina com os seguintes contornos:

(...)

152. No caso da proibição administrativo-disciplinar em análise - embora a imprevisível realidade social possa eventualmente demonstrar o contrário - pode-se dizer que, ao menos em regra, um ato único ou mesmo os atos dispersos e esporádicos de gestão, distribuídos ao longo de cinco anos, dificilmente atingiriam de maneira especialmente grave a regularidade do serviço e a indisponibilidade do serviço público, legitimando a aplicação da ultima ratio no âmbito administrativo.

Com o fim de oferecer diretrizes sobre a aplicação do art. 117, inciso X, da Lei nº 8.112/1990, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão editou a Portaria Normativa nº 6, de 15 de junho de 2018, que dispõe:

Art. 3º A caracterização do exercício de gerência ou administração de sociedade privada exige:

I - que a sociedade privada, personificada ou não, esteja em atividade, ainda que irregularmente; e

II - que exista atividade efetiva, direta, habitual e com poder de mando do servidor como gerente ou administrador da sociedade privada.

Art. 4º Ao servidor público que estiver em gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 da Lei nº 8.112, de 1990, não se aplica a vedação de participação em gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não, observada a legislação sobre conflito de interesses.

Art. 5º Não se considera exercício de gerência ou administração de sociedade privada:

I - a participação em sociedade privada, personificada ou não, na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;

II – a participação em fundação, cooperativa ou associação;

III - a inscrição do servidor no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas - CNPJ;

IV – a mera indicação de servidor como sócio-administrador em contrato social;

V - a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada;

VI - a constituição de pessoa jurídica para objetivos específicos, desconectados da atividade de empresa em sentido estrito e sem a caracterização de atos de administração ou gerência; e

VII - as demais hipóteses indicadas no art. 117, parágrafo único, I e II, da Lei nº. 8.112, de 1990.

[...]

Art. 7º O disposto nesta Portaria Normativa não exime a autoridade competente de, verificados indícios de irregularidade, promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, observado o disposto no art. 143 da Lei n.º 8.112, de 1990, e demais normas especiais.

Além da já citada exceção de o servidor poder participar de cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros e das hipóteses arroladas no art. 5º da Portaria Normativa nº 6/2018 do MP, o parágrafo único do art. 117 também excepciona as situações em que o servidor participa dos "conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social", ou quando o servidor participa da gerência ou administração de sociedade comercial ou exerce o comércio quando em "gozo de licença para o trato de interesses particulares", na forma do art. 91 desta lei, observada a legislação sobre conflito de interesses (Lei nº 12.813/2013).

Lei nº 8.112/90

Art. 117. (...)

Parágrafo único. A vedação de que trata o inciso X do caput deste artigo não se aplica nos seguintes casos:

I - participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros; e

II - gozo de licença para o trato de interesses particulares, na forma do art. 91 desta Lei, observada a legislação sobre conflito de interesses.

A temática do conflito de interesses retornará quando for tratado o enquadramento em improbidade administrativa. Porém, em razão do comando legal ora em apreço, já são cabíveis alguns comentários sobre seus reflexos para fins disciplinares.

Segundo o art. 3º, I, da Lei nº 12.813/2013, considera-se conflito de interesse "*a situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública*", sendo que o diploma legal dispensa a ocorrência de lesão ao patrimônio público, tal como a percepção de qualquer vantagem pelo agente público ou terceiro para configuração do conflito de interesses.

O art. 5º, parágrafo único, do mesmo normativo, prevê que, para os ocupantes de cargos indicados no art. 2º, as situações de conflito podem se configurar ainda que "em gozo de licença ou período de afastamento". Eventual mau uso da autorização para a prática de atos privativos de administrador e gerente durante a licença pode importar na capitulação descrita neste inciso.

A propósito da análise do conflito de interesses, é forçoso destacar que, sob o prisma daquele normativo, o servidor que faça parte de sociedade cujo objeto social conflite com o interesse público incorre em infração disciplinar, mesmo que não necessariamente na prevista neste inciso.

É possível que o agente público tente se utilizar da legitimidade conferida pela lei aos acionistas, cotistas e comanditários com o intuito de burlar a proibição insculpida na legislação estatutária e manter sociedade cujo interesse privado seja diretamente conflitante com o público.

Acrescente-se, ainda, o cuidado a ser tomado pelos colegiados diante de situações nas quais pessoas próximas ao servidor são por ele utilizadas na composição de sociedades com objeto social incompatível com as atribuições de seu cargo a fim de afastar o conflito de interesses.

A teor do exposto, importante destacar que cumpre à comissão buscar elementos comprobatórios do envolvimento do sócio servidor na atividade da empresa – especialmente quando somente ele possui qualificação técnica para desenvolver o objeto social –, objetivando comprovar o exercício indireto da atividade pelo agente público.

Nessas hipóteses, porém, não há se falar em configuração de violação da proibição prevista no inciso X do art. 117, porquanto não se trate de atuação como administrador ou gerente. Assim, caracterizado evidente conflito de interesses, mediado pela atuação indireta em sociedade empresária, a comissão pode ponderar pela capitulação do ato ilícito a depender da gravidade da afronta ao interesse público causado pelo exercício da atividade privada.

Como se observa, a comissão deve analisar minuciosamente as provas produzidas em sede de inquérito a fim de delinear a natureza da atividade exercida pelo servidor e em que medida ela é incompatível com o *munus público.*

O dispositivo em comento proíbe ainda que o servidor atue no comércio, ainda que diretamente, ou seja, sem o intermédio de uma sociedade. A Lei nº 11.784/2008 perdeu a oportunidade de, ao modificar a redação do art. 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90, atualizar a terminologia à luz do Código Civil de 2002. Isto porque, no atual diploma de Direito Privado, não se faz uso mais do conceito de ato de comércio, tendo este sido englobado na ideia de atividade empresarial.

Conforme visto linhas acima, empresário é todo aquele que "exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços" (art. 966 do Código Civil). Assim, a Lei nº 8.112/90, através do art. 117, inciso X, ao proibir que o agente público exerça atos de comércio, está vedando que todo servidor exerça atividade empresarial, ainda que de forma individual.

Quanto a esta proibição, são aplicáveis as ressalvas e observações feitas em relação à gerência ou administração de sociedade, isto é, é necessário que se comprove o efetivo exercício do ato de comércio, não bastando o mero registro do servidor como empresário individual, e bem assim deve-se afastar a incidência do dispositivo quando se tratar de um ato único ou poucos atos esporádicos.

Por fim, de acordo com o Código Civil de 2002, a atividade rural pode ser exercida de forma empresarial ou não, conforme detenha ou não as características comuns às atividades empresariais, não tendo o Código excluído esta do regramento comum às demais formas atividades econômicas.

Desta forma, atuando o servidor como gerente ou administrador de sociedade dedicada à atividade rural, ou exercendo o servidor diretamente a atividade, de forma profissional e organizada, visando a produção ou circulação de bens ou serviços, incide na proibição do art. 117, inciso X.

10.5.2.11. Art. 117, inciso XI (atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro)

Trata-se de infração disciplinar assemelhada àquela prevista no art. 117, IX (valimento do cargo), e que se caracteriza quando o servidor, valendo-se do prestígio, respeito ou especial relacionamento com os demais colegas, atua em nome de terceiro junto a órgãos ou entidades da Administração Pública, com ou sem instrumento de mandato, ou seja, como procurador ou intermediário.

O dispositivo visa proteger a impessoalidade e moralidade na Administração Pública, proibindo condutas que ponham em evidência favorecimentos e conflitos de interesse.

Desde já se afasta a configuração da infração quando o servidor não almeja nem obtém um tratamento diferenciado em função da sua qualidade de agente público, porque sequer é reconhecido como tal, situação em que a conduta não tem a potencialidade lesiva exigida pela norma, tratando-se, convém frisar, de infração sujeita à pena expulsiva.

Entretanto, deve-se investigar com maior cuidado quando o servidor age como procurador ou intermediário de terceiro na repartição em que trabalha, onde se presume seja conhecido e os laços de coleguismo ou amizade sejam mais fortes. Também merecem cuidados especiais os casos em que o servidor atua como procurador ou intermediário de forma habitual, mesmo quando o faça em órgão distinto daquele em que exerce suas funções rotineiramente, porém em razão do cargo por ele ocupado.

Para se caracterizar a infração, dispensa-se a comprovação do sucesso do pedido ou interesse patrocinado pelo servidor; da licitude deste interesse; ou mesmo da comprovação de que a atuação do servidor em nome de outrem tenha proporcionado vantagem indevida a este. Basta, para que a conduta infrinja o dispositivo, que haja a possibilidade de que a atuação do servidor possa proporcionar um tratamento diferenciado do pleito do terceiro.

A infração não se configura, conforme prevê a norma, se o servidor atua como procurador ou intermediário de seu parente, até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro, pleiteando benefícios previdenciários ou assistenciais.

Ainda, ao tempo da elaboração do Relatório Final, deve a comissão recomendar todas as medidas – sejam elas de cunho administrativo, civil ou penal – pertinentes a fim de garantir a ciência da totalidade das esferas envolvidas pelo ato ilícito. Nesse momento, há de se observar, inclusive, a possível prática do crime de advocacia administrativa, previsto no art. 321 do Código Penal, ensejando a sugestão de remessa de cópia dos autos ao Ministério Público.

Vale lembrar que a penalidade prevista para esta infração é a de demissão. Nessa perspectiva, é importante ressaltar a necessidade de se atuar com razoabilidade à frente do caso concreto, ponderando-se em que medida o servidor atuou como procurador ou intermediário de interesse alheio amparado pelas prerrogativas da função pública; pois, a depender da gravidade, incorrerá em ato de improbidade administrativa.

10.5.2.12. Art. 117, inciso XII (receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições)

O dispositivo prevê infração disciplinar no caso de o servidor receber qualquer tipo de vantagem, pecuniária ou não, para praticar ato regular que esteja dentro de suas atribuições funcionais.

Quando o servidor recebe propina para a prática de ato que excede sua competência (excesso de poder), ou seja, ilegal (desvio de poder), pode-se configurar outra infração, como por exemplo a proibição prevista no art. 117, inciso IX, aqui tratado como valimento de cargo. Neste sentido:

> *Parecer AGU nº GQ-139, não vinculante*
>
> *16. O contexto do regime disciplinar e a positividade do transcrito inciso XII, mormente o sentido que se empresta à expressão ´em razão de suas atribuições´, induzem ao entendimento de que o recebimento de propina, comissão, presente ou qualquer modalidade de vantagem é decorrente das atribuições regularmente desenvolvidas pelo servidor, sem qualquer pertinência com a conduta censurável de que resulte proveito ilícito.*

Uma vez que o dispositivo sujeita o infrator à pena de expulsão, o enquadramento nesta proibição deve ser feito com cautela, afastando-se na hipótese de recebimento de presentes de valor irrisório como gratidão por bons serviços prestados pelo servidor, podendo-se cogitar do enquadramento em infração mais leve (art. 116, inciso IX – manter conduta compatível com a moralidade administrativa).

Forçoso relembrar que o valor irrisório do presente recebido pelo servidor, por si só, não afasta possível obtenção de vantagem em troca de favores a terceiros. Há de se comprovar que não houve atuação consciente do agente público no sentido de obter vantagem – mesmo que ínfima – em detrimento da função pública, conduta considerada grave dentro dos parâmetros legais e constitucionais exigidos para os representantes da Administração Pública.

Embora se trate de planos distintos de verificação da conduta dos servidores, não há como negar a influência do quantum previsto no Código de Conduta da Alta Administração Federal e na Resolução nº 3, de 23 de novembro de 2000, da Comissão de Ética Pública da Presidência da República (CEP), na interpretação deste dispositivo. Segundo preveem aqueles regulamentos, é permitida a aceitação de brindes que não tenham valor comercial, ou até o valor de R$ 100,00, que detenham determinadas características que afastam a presunção de pessoalidade ou imoralidade do ato, descaracterizando a potencialidade lesiva da conduta, e, por consequência, a própria infração disciplinar.

> *Código de Conduta da Alta Administração Federal*
>
> *Art. 9º É vedada à autoridade pública a aceitação de presentes, salvo de autoridades estrangeiras nos casos protocolares em que houver reciprocidade.*
>
> *Parágrafo único. Não se consideram presentes para os fins deste artigo os brindes que:*
>
> *I - não tenham valor comercial; ou*
>
> *II - distribuídos por entidades de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos especiais ou datas comemorativas, não ultrapassem o valor de R$ 100,00 (cem reais).*
>
> *Resolução nº 3/00, CEP:*
>
> *1. A proibição de que trata o Código de Conduta se refere ao recebimento de presentes de qualquer valor, em razão do cargo que ocupa a autoridade, quando o ofertante for pessoa, empresa ou entidade que:*
>
> *I – esteja sujeita à jurisdição regulatória do órgão a que pertença a autoridade;*
>
> *II – tenha interesse pessoal, profissional ou empresarial em decisão que possa ser tomada pela autoridade, individualmente ou de caráter coletivo, em razão do cargo;*
>
> *III – mantenha relação comercial com o órgão a que pertença a autoridade; ou*
>
> *IV – represente interesse de terceiros, como procurador ou preposto, de pessoas, empresas ou entidades compreendidas nos incisos I, II e III.*
>
> *2. É permitida a aceitação de presentes:*
>
> *I – em razão de laços de parentesco ou amizade, desde que o seu custo seja arcado pelo próprio ofertante, e não por pessoa, empresa ou entidade que se enquadre em qualquer das hipóteses previstas no item anterior;*
>
> *II – quando ofertados por autoridades estrangeiras, nos casos protocolares em que houver reciprocidade ou em razão do exercício de funções diplomáticas.*

3. Não sendo viável a recusa ou a devolução imediata de presente cuja aceitação é vedada, a autoridade deverá adotar uma das seguintes providências:

> *I – tratando-se de bem de valor histórico, cultural ou artístico, destiná-lo ao acervo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-IPHAN para que este lhe dê o destino legal adequado;*
>
> *II - promover a sua doação a entidade de caráter assistencial ou filantrópico reconhecida como de utilidade pública, desde que, tratando-se de bem não perecível, se comprometa a aplicar o bem ou o produto da sua alienação em suas atividades fim; ou*

III - determinar a incorporação ao patrimônio da entidade ou do órgão público onde exerce a função.

4. Não caracteriza presente, para os fins desta Resolução:

I – prêmio em dinheiro ou bens concedido à autoridade por entidade acadêmica, científica ou cultural, em reconhecimento por sua contribuição de caráter intelectual;

II – prêmio concedido em razão de concurso de acesso público a trabalho de natureza acadêmica, científica, tecnológica ou cultural;

III – bolsa de estudos vinculada ao aperfeiçoamento profissional ou técnico da autoridade, desde que o patrocinador não tenha interesse em decisão que possa ser tomada pela autoridade, em razão do cargo que ocupa.

5. É permitida a aceitação de brindes, como tal entendidos aqueles:

I –que não tenham valor comercial ou sejam distribuídos por entidade de qualquer natureza a título de cortesia, propaganda, divulgação habitual ou por ocasião de eventos ou datas comemorativas de caráter histórico ou cultural, desde que não ultrapassem o valor unitário de R$ 100,00 (cem reais);

II – cuja periodicidade de distribuição não seja inferior a 12 (doze) meses; e

III – que sejam de caráter geral e, portanto, não se destinem a agraciar exclusivamente uma determinada autoridade.

6. Se o valor do brinde ultrapassar a R$ 100,00 (cem reais), será ele tratado como presente, aplicando-se-lhe a norma prevista no item 3 acima.

7. Havendo dúvida se o brinde tem valor comercial de até R$ 100,00 (cem reais), a autoridade determinará sua avaliação junto ao comércio, podendo ainda, se julgar conveniente, dar-lhe desde logo o tratamento de presente.

Por oportuno, convém à comissão apurar os fatos e, avaliadas a gravidade da infração e potencial lesivo do ato, analisar a configuração de ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 9º, I, da Lei nº 8.429/92:

> *Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente:*
>
> *I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;*

Ademais, nos casos em que a comissão entenda haver elementos configuradores do recebimento de propina, concomitantemente, o colegiado deverá analisar a conveniência quanto ao enquadramento no art. 132, XI, da Lei nº 8.112/90 (corrupção), em face do que dispõe a Convenção Interamericana contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre as condutas tipificadas como atos de corrupção. Senão vejamos:

> *a solicitação ou a aceitação, direta ou indiretamente, por um funcionário público ou pessoa que exerça funções públicas, de qualquer objeto de valor pecuniário ou de outros benefícios como dádivas, favores, promessas ou vantagens para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade em troca da realização ou omissão de qualquer ato no exercício de suas funções públicas;*

Vale lembrar que, havendo o enquadramento em hipóteses de crimes contra a Administração – segundo a definição do Código Penal –, a comissão deverá sugerir o encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público.

10.5.2.13. Art. 117, inciso XIII (aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro)

O dispositivo veda que servidor público aceite trabalhar para estado estrangeiro, de forma a tutelar a lealdade e o compromisso do agente público com o Estado brasileiro.

Assim, a não ser que lei posterior crie hipótese de compatibilidade, é inadmissível, em qualquer caso, que servidor público federal estabeleça relação jurídica com Estado estrangeiro para recebimento de comissão ou pensão, bem como vínculo de emprego.

10.5.2.14. Art. 117, inciso XIV (praticar usura sob qualquer de suas formas)

Usura "não significa simplesmente o interesse devido pelo uso de alguma coisa. É o interesse excessivo, isto é, a estipulação exagerada de um juro, que ultrapasse ao máximo da taxa legal, ou a estipulação de lucro excessivo, ou excedente do lucro normal e razoável"[206].

Não obstante o conceito doutrinário seja de correta interpretação do conceito de usura, destaque-se a definição trazida pela Lei nº 1.521/51, que trata dos crimes contra a economia popular.

> *Art. 4º Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:*
>
> *a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;*
>
> *b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.*

Pratica a infração disciplinar prevista no art. 117, inciso XIV, portanto, o servidor que realiza negócio jurídico (compra e venda, empréstimo, etc.) com colegas de repartição ou administrados, obtendo lucro excessivo ou cobrando juros exorbitantes.

Frise-se que a conduta do servidor deve estar relacionada com o exercício do cargo, porquanto não constitui infração disciplinar atos praticados exclusivamente na vida privada do servidor.

10.5.2.15. Art. 117, inciso XV (proceder de forma desidiosa)

Trata-se de infração disciplinar que visa proteger a eficiência do serviço público, punindo a conduta do servidor que age de forma desleixada, descuidada ou desatenta no desempenho de suas atribuições.

Em nome dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em conta que se trata de infração sujeita à pena de demissão, o enquadramento da conduta do servidor como desídia exigirá certa gravidade nas consequências, isto é, a conduta desidiosa deve repercutir na esfera pública, de forma a caracterizar ofensa concreta ao interesse público.

Considerando a própria natureza da conduta desidiosa, qual seja a prática de atos negligentes, imperitos ou imprudentes, não há meio de enquadrá-lo como ilícito de origem dolosa. Ora, caso o servidor público objetivasse finalidade específica de diminuir a eficiência administrativa em contraprestação a algum benefício pecuniário ou não, próprio ou de outrem, incorreria em capitulação diversa.

Isto porque, nesta modalidade culposa de ilícito administrativo, o servidor público intenta a redução da sua carga laboral, ou ainda, das responsabilidades vinculadas ao cargo que ocupa; culminando com re-

206 SILVA, 2010, p. 748.

sultados ineficientes pela Administração Pública, diretamente associados à conduta negligente, imperita ou imprudente do agente público.

> *Desídia é negligência, incúria, falta de cuidado, desatenção, desleixo, desmazelo, desinteresse. É uma falta culposa e não dolosa. Negligência é falta de atenção no momento próprio. Se a desídia for efetivamente desejada, haverá dolo, e a falta deixa de ser desídia para ser improbidade. Em regra, a desídia é fruto da soma de vários atos sequenciais que denotam o perfil ou a intenção do faltoso, mas pode se configurar pela prática de um só ato, desde que grave. A desídia pode ocorrer no local de trabalho ou fora dele, mas sempre em função das atividades do faltoso.*
>
> *(PADMag 34418820105010000 RJ, Relator José Geraldo da Fonseca, TRF – 1ª Região, Secretaria do Pleno, do Órgão Especial e da CEDISC, publicado em 27/04/2012)*

Sobre a desídia, importante a discussão quanto à necessidade ou não de uma conduta reiterada para a configuração da infração. Em outras palavras, discute-se se uma única conduta desidiosa, em função de sua gravidade, pode dar ensejo à aplicação da pena de demissão pela ofensa à proibição prevista neste dispositivo.

Não há dúvidas que, via de regra, a desídia implica comportamento do servidor que age com descaso em relação ao trabalho, e, portanto, necessita de vários atos de desleixo para se configurar.

No entanto, não se deve descartar a possibilidade do enquadramento no art. 117, inciso XV, diante de conduta única, devendo-se ponderar a gravidade e circunstância do ato, conforme se observa do Parecer AGU GQ-164, vinculante, que reproduz citações doutrinárias neste sentido:

> *(...) Desídia (e). É falta culposa, e não dolosa, ligada à negligência: costuma caracterizar-se pela prática ou omissão de vários atos (comparecimento impontual, ausências, produção imperfeita); excepcionalmente poderá estar configurada em um só ato culposo muito grave; se doloso ou querido pertencerá a outra das justas causas. […] (Valentim Carrion - Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 18ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994, pp. 362/3).*

Por um lado, se a reiteração da conduta é a regra para a caracterização da desídia, o mesmo não vale em relação a reincidência, ou seja, não é necessário que o agente tenha sido punido anteriormente por atos de desatenção ou desleixo para que se enquadre sua conduta neste dispositivo. A reincidência prevista na Lei nº 8.112/90 é a genérica e constitui objeto de estudo no capítulo 12.2.2.

Caso o servidor tenha se comportado de maneira desidiosa em função de alguma doença ou estado de incapacidade física ou mental, exclui-se a sua culpabilidade, uma vez que não se podia exigir dele, no caso concreto, conduta diversa, descaracterizando a infração.

Por fim, relevante observar que a desídia está ligada ao mau exercício das atribuições do cargo, não se aplicando no caso de ausência do servidor, ou mesmo quando o servidor se recusa a praticar ato de sua responsabilidade, podendo se cogitar, nestes casos, de outros enquadramentos, tais como os previstos nos arts. 116, incisos IV, X, 117, inciso I, ou 132, incisos I e II. Este o entendimento expresso no Parecer AGU GQ-87, não vinculante:

> *Parecer-AGU nº GQ-87, não vinculante: 14. O novo estatuto dos servidores públicos civis da União (Lei nº 8.112, de 1990) estatui a responsabilidade administrativa pelo exercício irregular das atribuições e proíbe que se proceda de forma desidiosa, cominando a penalidade de demissão ao transgressor da norma (arts. 117, 121 e 132). Constitui pressuposto da infração o exercício de fato das atribuições cometidas ao servidor.*

10.5.2.16. Art. 117, inciso XVI (utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares)

O inciso protege a moralidade e impessoalidade no serviço público, proibindo os servidores de utilizar recursos materiais e humanos em atividades particulares. Os bens, recursos e a mão de obra con-

tratada pela Administração devem servir exclusivamente para as finalidades públicas disciplinadas em leis e regulamentos, sendo vedado ao servidor utilizar-se destes recursos fora destas hipóteses.

A previsão do inciso em destaque não determina os limites da utilização indevida de recursos humanos e materiais para finalidades particulares – interna ou externamente do ambiente de trabalho –, divergindo da disposição contida no inciso II do mesmo artigo (proibição da retirada não autorizada de objetos e documentos da repartição pública); razão pela qual impõe medida sancionadora mais severa.

Isto é, o que qualifica como gravosa a conduta tipificada neste inciso é a intenção do agente público em beneficiar-se em detrimento dos recursos públicos disponíveis em razão da atividade exercida, implicando necessariamente em conduta dolosa.

Deve-se atentar para o fato de que condutas ínfimas, de pequena repercussão no patrimônio ou na regularidade do serviço público não são enquadradas neste dispositivo, que sujeita o infrator à pena de demissão, podendo-se cogitar de configuração de outras infrações (art. 116, inciso II, por exemplo).

Ao mesmo tempo, importante ressaltar a possibilidade de enquadramento em conduta com repercussões secundárias mais gravosas para o servidor, a depender da gravidade do prejuízo decorrente da prática ilícita, tal como a capitulação em improbidade administrativa (art. 132, IV).

10.5.2.17. Art. 117, inciso XVII (cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias)

As atribuições de cada servidor público estão disciplinadas em leis e regulamentos, tudo com o objetivo de manter a ordem e a disciplina no serviço público, e bem assim garantir a observância dos princípios da impessoalidade e eficiência pela Administração.

Desse modo, considerando a vinculação do cargo público às atribuições regularmente previstas em normativos – sejam eles específicos ou gerais –, o servidor somente poderá atuar nos limites das competências de sua função, sob pena da configuração de desvio de função.

O desvio de função, ou seja, atribuir a servidor público o exercício de atividades diversas daquelas previstas para seu cargo, constitui, segundo o disposto no art. 117, inciso XVII, infração disciplinar. Pune-se, pois, o superior hierárquico que ordena a subordinado a prática de atos que fogem às atribuições deste.

Há de se ressaltar que, durante o exercício de atribuições estranhas ao cargo, o servidor público poderá cometer ilícitos administrativos passíveis de responsabilização na via disciplinar. Neste caso, o servidor cuja função fora desviada responderá administrativamente pela possível prática de atos infracionais, sem prejuízo da aplicação de sanção ao superior cuja conduta enquadre-se no inciso em questão.

De outro lado, o servidor cometido com atribuições não inerentes ao cargo por ele ocupado poderá opor-se à prática desses atos de excesso, mesmo quando determinados por superior hierárquico, haja vista a ilegalidade manifesta (fora das atribuições legal e regularmente previstas).

Entretanto, em vista de situações de excepcionalidade, o superior hierárquico poderá cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, mediante relevante interesse público e de forma motivada.

10.5.2.18. Art. 117, inciso XVIII (exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho)

O dispositivo proíbe o exercício do cargo com a prática de atividades privadas que possam de forma concreta ou potencial causar conflitos de interesses, comprometendo a imparcialidade do servidor, ou, ainda, que sejam incompatíveis com o horário de trabalho.

Forçoso observar que a presente proibição não se confunde com a vedação de acumulação de cargos públicos (art. 132, XII), uma vez que o dispositivo em tela visa ao conflito entre cargo público e atividade privada; ressaltando-se a limitação do entendimento aqui esposado às disposições contidas na Lei nº 8.112/90.

Importante delimitar os limites do conflito, haja vista o fato de que o acúmulo ilegal de cargos, empregos ou funções públicas requer procedimento sumário, com restrita instrução processual; diferentemente do rito ordinário, requerido no caso da hipótese de incompatibilidade descrita nesse inciso.

Dito isto, em regra, os atos da vida privada do servidor não se desdobram em responsabilidade disciplinar na seara administrativa, desde que não tenham qualquer vinculação com o cargo público por ele exercido. Todavia, a prática de atos privados fora do ambiente da repartição pública pode ser responsabilizada administrativamente sob a égide deste dispositivo.

Ora, a parte final do artigo 148[207] informa a necessidade de apuração de responsabilidade de servidor por infração que tenha relação com as atribuições do cargo, isto é, admite a submissão de atos privados ao poder punitivo do Estado quando estes forem praticados em detrimento da função pública.

De outro lado, a comissão deve analisar a gravidade do ato praticado, cotejando os eventuais prejuízos causados e/ou possíveis benefícios recebidos em detrimento da função pública (financeiros ou não), a fim de analisar a real ofensividade do ato infracional. Tal medida se impõe por força da proporcionalidade exigida na mensuração da reprimenda disciplinar, porquanto um único ato em conflito com o interesse público pode acarretar consequências de grande monte, tal como a prática reiterada de atos incompatíveis.

Da mesma forma, a sanção máxima prevista para este delito (suspensão de noventa dias) não é compatível na hipótese da prática singular de ato incompatível, de baixa lesividade ao interesse público. Para esses casos, a Lei nº 8.112/90 arrola enquadramentos mais adequados e proporcionais, tais como: art. 117, I (ausência injustificada); art. 116, III (descumprimento de norma legal), entre outros.

A interpretação literal do inciso em questão demonstra a subsunção de duas condutas distintas à hipótese legal, quais sejam:

a) a proibição de exercício de atividade privada incompatível com as atribuições inerentes ao cargo ou função, que visa proteger a imparcialidade do servidor; e

b) a vedação de exercício de atividade privada incompatível com o horário de trabalho, que tutela a dedicação do servidor ao serviço público.

10.5.2.19. Art. 117, inciso XIX (recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado)

Pune-se o servidor que, instado a atualizar seus dados cadastrais, recusa injustificadamente. Para a configuração, portanto, não basta que os registros de dados pessoais e funcionais do servidor estejam incorretos ou incompletos, necessário que se notifique o servidor para atualizá-los, e este se negue.

Sobre o tema, vale citar o disposto no art. 162 da Lei nº 8.112/90, que obriga o servidor acusado em processo disciplinar (não somente o indiciado, como uma leitura meramente gramatical do dispositivo poderia inferir) a comunicar à comissão o lugar onde pode ser encontrado, sempre que mudar de residência.

A princípio, a desobediência a este dispositivo pode configurar a infração ao art. 117, inciso XIX, devendo-se ponderar, entretanto, se o servidor não podia ser encontrado facilmente na repartição, ou ainda se não se omitiu dolosa ou culposamente, hipóteses em que se exclui a responsabilidade.

207 Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

10.5.3. Infrações sujeitas à pena de demissão previstas no art. 132

O art. 132 prevê um rol de condutas consideradas graves, todas sujeitas à penalidade máxima – vez que as sanções de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão ou função comissionada equiparam-se à pena de demissão.

> *Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:*
>
> *I - crime contra a administração pública;*
>
> *II - abandono de cargo;*
>
> *III - inassiduidade habitual;*
>
> *IV - improbidade administrativa;*
>
> *V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;*
>
> *VI - insubordinação grave em serviço;*
>
> *VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;*
>
> *VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;*
>
> *IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;*
>
> *X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;*
>
> *XI - corrupção;*
>
> *XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;*
>
> *XIII - transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.*

Ante a gravidade das condutas descritas no referido artigo, em regra, requer-se que a comissão comprove o dolo do agente público, porquanto somente a conduta de desídia, prevista no art. 117, XV (referência ao inciso XIII do art. 132), é capitulada na forma culposa.

10.5.3.1. Art. 132, inciso I (crime contra a administração pública)

Tal inciso possui aplicação bastante restrita, uma vez que exige condenação criminal transitada em julgado para sua caracterização. Dessa forma, somente após o trânsito em julgado da sentença penal, em face do cometimento de crime contra a Administração Pública, é que será possível aplicar penalidade disciplinar ao servidor com base no inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112/90. Nesse sentido posicionou-se a AGU, em parecer vinculante:

> *Parecer AGU GQ-124, vinculante*
>
> *18 (…) a demissão, com fundamento no inciso I do art. 132, deve ser precedida de decisão judicial transitada em julgado.*

Dessa forma, a comissão deve evitar o enquadramento da conduta ilícita neste dispositivo, porquanto, caso haja processo criminal em andamento, os trabalhos apuratórios ficarão sobrestados até o proferimento de sentença definitiva pelo juízo competente.

Nessa situação, a comissão deve, prioritariamente, verificar se a conduta do servidor caracteriza outra infração disciplinar (valimento do cargo, por exemplo), deixando de caracterizá-la como crime contra a Administração Pública no indiciamento e no Relatório Final. Caso não seja possível tal enquadramento, a comissão deverá sobrestar o processo, a fim de aguardar pela decisão judicial.

Todavia, ressalte-se que a adoção de tal medida não importa na violação da independência entre as instâncias penal e administrativa, resguardada pelo STF, consoante o precedente que segue:

> *I – Ilícito administrativo que constitui, também, ilícito penal: o ato de demissão, após procedimento administrativo regular, não depende da conclusão da ação penal instaurada contra servidor por crime contra a administração pública, tendo em vista a autonomia das instâncias.*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 23.242. Relator: Ministro Carlos Veloso, julgado em 10/4/2002, publicado em 17/5/2002)*

Os crimes contra a Administração Pública são aqueles descritos nos arts. 312 a 326 do Código Penal, bem como outros crimes descritos na legislação extravagante, de que são exemplos:

a) Lei nº 8.137/90, art. 3º: crimes contra a ordem tributária praticados por servidores do Fisco;

b) Lei nº 8.666/93, arts. 89 a 99: crimes contra a licitação; e

c) Lei nº 4.898/65: crime de abuso de autoridade.

Sempre que, no curso do apuratório, a comissão se deparar com a existência de indícios de cometimento de crime contra a Administração Pública, é dever da comissão adotar as providências cabíveis para a cientificação da autoridade policial e do Ministério Público competentes, a fim de que sejam adotadas as medidas cabíveis no caso.

Importante destacar que a perda do cargo é efeito acessório da condenação por crime contra a Administração Pública; no entanto, tal efeito só ocorre se o servidor for condenado a um ano ou mais de reclusão ou detenção e, cumulativamente, se o juiz se manifestar expressamente sobre tal efeito, uma vez que se trata de uma prerrogativa do magistrado, não de uma obrigação, nos termos do art. 92 do Código Penal. Nesse caso, na prática, o servidor perde o cargo em decorrência de decisão judicial, a qual não é penalidade administrativa, mas tem o mesmo efeito prático.

Portanto, somente em duas situações o servidor poderá ser demitido, na via administrativa (em ambos os casos presumindo a existência de sentença condenatória, transitada em julgado), pelo cometimento de crime contra a Administração Pública: quando a condenação for a pena de reclusão ou de detenção inferior a um ano ou, quando igual ou superior a um ano, o efeito acessório não tiver sido expressamente aplicado pelo juiz.

10.5.3.2. Art. 132, inciso II (abandono de cargo)

A conceituação jurídica de abandono de cargo para fins administrativos encontra-se insculpida nos arts. 138 e 140, ambos da Lei nº 8.112/90:

> *Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos.*
>
> *Art. 140. Na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, também será adotado o procedimento sumário a que se refere o art. 133, observando-se especialmente que: (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)*
>
> *I - a indicação da materialidade dar-se-á:*
>
> *a) na hipótese de abandono de cargo, pela indicação precisa do período de ausência intencional do servidor ao serviço superior a trinta dias; (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)*

O texto legal deixa evidente três critérios para a materialização da infração de abandono de cargo, a saber: intencionalidade, continuidade e prazo mínimo.

No que tange à intencionalidade da conduta, cabe à comissão comprovar, além da ausência, a intenção de se ausentar (*animus abandonandi*), a qual pode ocorrer por dolo direto ou eventual, isto é, quando o servidor deseja se ausentar ou, não desejando, assume o risco de produzir o mesmo resultado. No entanto, não se exige a comprovação de que o servidor tencionava abandonar permanentemente o cargo. Nesse sentido:

> *Parecer PGFN/CJU/CED nº 1.498/2007*
>
> *23. Nesse diapasão, releva ponderar que, para a caracterização do animus abandonandi, não se exige que o servidor tenha a intenção de abandonar o cargo (o art. 138 da Lei nº 8.112, de 1990, apenas faz referência à ausência intencional do servidor, e não abandono intencional), o que implicaria em caracterizar o abandono do cargo sob o ponto de vista subjetivo do autor. O que se requer é a configuração de sua vontade consciente (dolo direto) em ausentar-se do serviço (por mais de trinta dias consecutivos, como visto), ou pelo menos a previsão e assunção do risco de que seu comportamento leve a tal ausência (dolo indireto ou eventual), caracterizando, destarte, o abandono de cargo do ponto de vista da Administração Pública" (Parecer-PGFN/CJU/CED nº 1.498/2007).*

A comissão deve envidar esforços para apurar eventual existência de justificativas para a ausência do servidor. Deve, inclusive, inquirir o setor de recursos humanos para verificar se foi protocolizado pedido de afastamento por motivos justificáveis, o que pode configurar infração diversa, como inobservância do dever funcional de ser assíduo e pontual ao serviço (art. 116, X, Lei nº 8.112/90), pela inexistência de motivos para o afastamento enquanto o pedido era apreciado.

No entanto, a ausência para atuar em projetos pessoais ou motivos de foro íntimo não afastam a intencionalidade da infração disciplinar; pelo contrário, demonstram indevida sobreposição de interesses pessoais sobre o público, reforçando a caracterização do abandono do cargo.

Dessa forma, motivos hábeis a afastar a intenção de abandonar o cargo são aqueles

> *(...) que se fundam em razões independentes de sua vontade. O motivo, assim, precisa ser relevante, já que a ausência injustificada faz pressupor o desinteresse do servidor na prestação do serviço público. Essa presunção só se afasta por motivo de força maior, entendido, como tal, o obstáculo intransponível, de origem estranha, liberatório da responsabilidade (...)*[208].

O tema em questão foi objeto de estudo pela Comissão de Coordenação de Correição - CCC, que em sua 19ª reunião aprovou o Enunciado n. º22, nos seguintes termos:

> *PRESUNÇÃO RELATIVA DE ANIMUS ABANDONANDI. As ausências injustificadas por mais de trinta dias consecutivos geram presunção relativa da intenção de abandonar o cargo.*
>
> *Enunciado nº 22, publicado no DOU de 28 de fevereiro de 2018, seção 1, p. 81*

No voto que fundamentou o enunciado aprovado, consta menção a ensinamento de José Armando da Costa, segundo o qual o que caracteriza o abandono de cargo é a ausência do funcionário ao serviço de sua repartição por mais de trinta dias consecutivos, sem que haja circunstâncias insuperáveis e legítimas que elidam a liberdade do agente na implementação da ação faltosa. Nessas circunstâncias, ainda que o servidor não haja alimentado a vontade direta de abandonar o cargo (dolo direto), ainda assim terá perpetrado essa transgressão disciplinar (dolo eventual).

Referidas "circunstâncias insuperáveis" seriam aquelas que impedem o comparecimento ao local de trabalho e que se fundam em razões que independem da vontade do servidor acusado.

Portanto, não seria admissível qualquer motivo para comprovar o elemento volitivo do abandono, só sendo aceitos aqueles que remetem a motivo de força maior ou ao estado de necessidade, entendidos, como tais, os obstáculos intransponíveis, de origens estranhas, liberatórios à responsabilidade (TRF 2 – Apelação Cível nº 20045101004489 1/RJ, Rel. Des. Paulo Espírito Santo, DJU de 19.12.2007, p. 314/315). [209]

208 GUIMARÃES, 2006, p. 71.

209 TRF 2 – Apelação Cível nº 20045101004489 1/RJ, Rel. Des. Paulo Espírito Santo, DJU de 19.12.2007, p. 314/315.

Quanto a esse entendimento, vejamos a jurisprudência do STJ:

> *RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL DEMISSÃO POR ABANDONO DE CARGO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ATO DEMISSÓRIO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE ANIMUS ABANDONANDI DO SERVIDOR. FALTA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.*
>
> *Afasta-se a alegação de cerceamento de defesa e de nulidade do ato impetrado se assegurado, no processo administrativo que resultou na demissão do servidor, o direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como se devidamente fundamentado o ato demissório.*
>
> *O servidor que se ausenta voluntariamente do serviço por duzentos e seis dias* ***consecutivos sem apresentar qualquer justificativa à Administração e sem comprovar a existência de motivos de força maior ou de coação ilegal que embasem a sua longa ausência deve ser demitido por abandono de cargo****, nos termos do artigo 63 da Lei Estadual n° 10.261/68. Recurso Ordinário improvido (STJ – RMS nº 19.781/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Tereza de Assis Moura, DJE de 09.11.2009).*

Segundo a jurisprudência do STJ, cabe ao servidor faltoso a apresentação de motivos que o levaram a não comparecer ao local de trabalho por mais de 30 (trinta) dias. Vejamos:

> *ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR ESTADUAL. DEMISSÃO. ABANDONO DE CARGO. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. ARTS. 166, 168, 169 E 185 DO CC/2002. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO INDICAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL PREJUDICADA. INVIABILIDADE DA ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. SÚMULA 280 DO STF. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HOUVE ANIMUS ABANDONANDI NÃO COMPROVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *(...)*
>
> *Entretanto, o elemento subjetivo que caracteriza o animus abandonandi terá de ser apreciado com cautela, não sendo suficiente a constatação do abandono do cargo, mas* ***a razão que levou a tal atitude*** *— e o* ***ônus da prova incumbe ao funcionário*** *—, é necessário que haja, quanto ao agente, motivo de força maior ou de receio justificado de perda de um bem mais precioso, como a liberdade, por exemplo (STJ - AgInt no REsp: 1653133 SC 2014/0216797-9, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento:* ***16/05/2017****, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/06/2017. Precedente - AgRg no AREsp 111.032/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016).*
>
> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. NECESSIDADE PARA A CONFIGURAÇÃO DA INFRAÇÃO DE ABANDONO DE CARGO. ÔNUS DA PROVA DO SERVIDOR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ. REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DO ABANDONO DE CARGO REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.*
>
> *(...)*
>
> *III - Para tipificação da infração administrativa de abandono de cargo exige-se o preenchimento do elemento objetivo e do subjetivo, sendo necessário cotejar as razões que levaram a tal atitude,* ***cuja prova incumbe ao servidor*** *(STJ - AgInt no REsp 1653133 / SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 02.06.2017.*

Conforme jurisprudências do STJ, a Administração pública tem a responsabilidade de comprovar as faltas do servidor, cuja prova poderá ser contestada por ele mediante a apresentação de um fato ou de uma circunstância inevitável, insuperável e legítima que o tenha impedido de comparecer, naquele mesmo período, ao local de sua lotação funcional, a exemplo de um motivo de força maior ou o receio justificado da perda de um bem mais precioso, como a liberdade.

Assim, o elemento volitivo da conduta (o *animus abandonandi*) deve ser analisado objetivamente a partir das circunstâncias do caso concreto, em vista da existência, ou não, da justa causa apresentada pelo servidor para as ausências verificadas.

Não se deve indagar a respeito da intenção psicológica, mas sim analisar objetivamente as circunstâncias, a fim de apurar se houve justa causa na ausência do servidor. Do contrário, poder-se-ia cogitar a situação esdrúxula em que um servidor que não comparece ao trabalho sem motivo justificável - mas que também não quer perder o cargo - jamais poderia ser demitido. Nesse sentido, por "ausência intencional" se deve entender a ausência injustificada, não amparada por qualquer causa que pudesse justificar as faltas ao serviço[210].

Os requisitos de continuidade e prazo caracterizam-se quando o servidor intencionalmente deixar de comparecer ao serviço por, no mínimo, 31 dias consecutivos, incluídos finais de semana, feriados e dias de ponto facultativo:

> *Formulação Dasp nº 116. Faltas sucessivas.*
>
> *Na hipótese de faltas sucessivas ao serviço, contam-se, também, como tais, os sábados, domingos, feriados e dias de ponto facultativo intercalados.*

No que se refere à contagem do prazo prescricional para que a Administração possa aplicar penalidade por abandono de cargo, inicia-se no dia em que cessar a permanência do ilícito, nos termos do Parecer GMF-6, vinculante. Vejamos abaixo:

Parecer GMF-6, Vinculante

> *EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DISCIPLINAR. ANALOGIA COM O DIREITO PENAL. ABANDONO DE CARGO. NATUREZA PERMANENTE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CESSAÇÃO DA PERMANÊNCIA.*
>
> *I - As condutas que são objeto de persecução na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto a natureza jurídica das infrações e suas implicações quanto à contagem do prazo prescricional.*
>
> *II - A vontade do agente incide diretamente não apenas para a configuração do abandono de cargo, mas também para a situação de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorrogação de sua base consumativa.*
>
> *III - A infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência.*
>
> *IV - Deve-se ter a superação (overruling) das razões de decidir (ratio decidendi) sufragadas nos Pareceres GQ - 206, GQ - 207, GQ - 211 e GQ - 214, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, na doutrina e na legislação ordinária estadual.*

Além disso, o art. 140 da Lei nº 8.112/90 define que a comissão deverá delimitar precisamente o período de ausência, indicando as datas inicial e final em que o servidor não desempenhou o efetivo exercício na unidade.

De outro lado, caso o afastamento ininterrupto do servidor por mais de 30 dias não seja comprovado em sede de processo com rito sumário, há a possibilidade de o mesmo ser eficaz nas hipóteses em que se demonstre tão-somente a inassiduidade do agente público.

210 TRF 4 - Apelação Cível nº 2003.71.00.047319-9/RS – Rel. Des. Valdemar Capeletti, publicado no DE 05.08.2008 STJ – Recurso Especial nº 1111560/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, publicado no DJe 16.11.2009

A apuração dos fatos se dará por meio de rito diferenciado, denominado sumário. A adoção do rito ordinário, todavia, não enseja nulidade tendo em vista que não traz prejuízo à defesa, por ser mais completo em relação ao sumário.

Para a configuração da infração, é necessário que o servidor esteja no exercício do cargo no qual foi empossado, vez que a infração requer o efetivo exercício do agente na unidade na qual fora lotado, conforme Formulação Dasp 349:

> *Formulação Dasp nº 349. Abandono de cargo.*
>
> *A pessoa nomeada e empossada, mas que não assumiu o exercício do cargo, não pode ser processada por abandono, porquanto ainda não cometeu faltas ao serviço.*

Ademais, o retorno do servidor ao posto de trabalho, transcorrido o período configurador de abandono de cargo, não tem o condão de desconfigurar o ilícito por ele cometido; não havendo discricionariedade para a remissão da falta cometida.

> *Formulação Dasp nº 83. Abandono de cargo.*
>
> *Não constitui óbice à demissão a circunstância de haver o funcionário reassumido o exercício do cargo que abandonou.*

Por fim, o Código Penal descreve tipo penal assemelhado à infração sob análise, definido como espécie de crime contra a Administração Pública:

> *Abandono de função*
>
> *Art. 323 - Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei:*
>
> *Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.*
>
> *§ 1º - Se do fato resulta prejuízo público:*
>
> *Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.*
>
> *§ 2º - Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira:*
>
> *Pena - detenção, de um a três anos, e multa.*

Ocorre que, para a caracterização do crime descrito no caput do artigo acima transcrito, exige-se a comprovação de potencial prejuízo à regularidade do serviço público, o que não é elemento da infração disciplinar de abandono de cargo.

Importa destacar que por meio do Parecer Vinculante nº AM – 02, publicado na seção 1 do Diário Oficial da União de 9 de abril de 2019, consolidou a AGU novas orientações quanto ao prazo de prescrição do abandono de cargo que deverão ser seguidas por todos os órgãos e entidades da Administração Federal (cf. art. 40, § 1º, da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União - Lei Complementar nº 73/1993) no sentido de que, inexistindo apuração dos fatos na esfera criminal, o prazo prescricional para a infração disciplinar de abandono de cargo é de 5 (cinco) anos, na esteira do que dispõe o art. 142, inciso I, e art. 132, inciso II, ambos da Lei nº 8.112/90. Caso exista apuração do mesmo fato na esfera criminal, devido à possibilidade de caracterização do crime de abandono de função (art. 323 do CP), o prazo prescricional para a Administração aplicar a penalidade demissória ao servidor que abandonou intencionalmente o cargo será menor, de 3 (três) anos, na forma do § 2º do art. 142 do Estatuto, combinado com art. 109, inciso VI, e art. 323, ambos do Código Penal.

Outras informações relacionadas ao prazo prescricional do abandono de cargo constam do capítulo 15.6 deste Manual.

10.5.3.3. Art. 132, inciso III (inassiduidade habitual)

A ausência injustificada do servidor não caracterizada como abandono de cargo possui definição e materialidade previstas nos arts. 139 e 140, I, alínea "a", ambos da Lei nº 8.112/90, a saber:

> *Art. 139. Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses.*
>
> *Art. 140. Na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, também será adotado o procedimento sumário a que se refere o art. 133, (...) (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10/12/97)*
>
> *I - a indicação de materialidade dar-se-á:*
>
> *(...)*
>
> *b) no caso de inassiduidade habitual, pela indicação dos dias de falta ao serviço sem causa justificada, por período igual ou superior a sessenta dias interpoladamente, durante o período de doze meses. (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.527, de 10/12/97)*

Conforme texto legal, tal infração caracteriza-se pela ausência ao serviço por 60 ou mais dias, em um período de 12 meses, sem causa justificada. Trata-se de dias em que o servidor deveria cumprir sua jornada de trabalho. Assim, considerando servidores que, por exemplo, trabalham em sistema de plantão, é possível que a falta ocorra em dia não útil, como sábado, domingo ou feriado. Portanto, a aferição levará em consideração os dias de trabalho daquele determinado servidor e as respectivas faltas. Os 12 meses nos quais ocorreram as ausências injustificadas não devem, obrigatoriamente, coincidir com o ano civil, uma vez que a Lei nº 8.112/90 não faz tal exigência.

No tocante ao quesito da ausência de justa causa, o Parecer AGU nº GQ-160 reforça a necessidade da comprovação da simultaneidade do critério temporal (60 dias, interpoladamente, no período de 12 meses) e do elemento objetivo (sem causa justificada). Senão vejamos:

> *Parecer AGU nº GQ-160, vinculante*
>
> *10. São, pois, elementos constitutivos da infração as sessenta faltas interpoladas, cometidas no período de um ano, e a inexistência da justa causa. Para considerar- se caracterizada a inassiduidade habitual é necessário que ocorram esses dois requisitos, de forma cumulativa. O total de sessenta faltas, por si só, não exclui a verificação da justa causa.*
>
> *11. Incumbe ao colegiado apurar se a conduta do servidor se ajusta ou não a essas prescrições legais. Para tanto, deve pautar sua atuação pelo objetivo exclusivo de determinar a verdade dos fatos (...).*

Assim, a comissão deverá ater-se somente à impossibilidade de justificativa para as ausências individualmente, isto é, não é necessária a comprovação de qualquer elemento subjetivo do agente público em abandonar o serviço público; porquanto se trate de infração disciplinar associada ao nítido descaso do servidor.

Cada um dos dias em que o servidor faltou ao serviço deve ser individualizado, a fim de se oportunizar ao mesmo o pleno exercício do contraditório e da defesa. Assim, para fins de delimitação temporal, considera-se o primeiro dia de ausência como o primeiro dia do período de 12 meses estabelecido em lei.

Ao termo "interpoladamente" não se deve conferir interpretação restritiva, pois pode ocorrer inassiduidade habitual caso o servidor não compareça ao serviço por 60 dias seguidos; a intenção do legislador foi garantir que 60 faltas injustificadas fossem caracterizadas como infração disciplinar, estivessem elas intercaladas ou não, em contraposição à infração de abandono do cargo, a qual requer um plus em relação à inassiduidade habitual, isto é, a prova da intenção de abandonar o serviço por 31 dias. Dessa forma, assim se diferenciam as duas condutas infracionais:

	ABANDONO DO CARGO	INASSIDUIDADE HABITUAL
Exige comprovação da intenção do agente de se ausentar do serviço?	Sim[211]	Não
Comprovação de justa causa afasta a infração?	Sim	Sim
Ausências consecutivas configuram infração?	Sim (30 dias consecutivos)	Sim (60 dias consecutivos)
Ausências interpoladas configuram infração?	Não	Sim (60 dias interpolados)

A diferenciação acima não inviabiliza que uma mesma conduta possa ser enquadrada nas duas infrações, uma vez que a intenção de abandonar o cargo é um requisito a mais para caracterização dessa infração disciplinar. Dessa forma, se o servidor se ausentar do serviço por 60 dias consecutivos sem causa justificada, também terá se ausentado por 30 dias consecutivos, sem justa causa, podendo ser apenado pelas duas infrações se restar comprovado que teve a intenção de se ausentar do serviço neste prazo.

Há de se ressaltar que, mesmo não sendo possível a configuração da inassiduidade habitual pela comissão, porém sendo comprovadas várias ausências injustificadas do servidor, o colegiado poderá recomendar o enquadramento da conduta na infração ao dever funcional de ser assíduo e pontual ao serviço, previsto no art. 116, X, da Lei nº 8.112/90.

Ainda, caso o colegiado não obtenha provas de quaisquer dos enquadramentos dispostos no Estatuto do Servidor Público, não se pode olvidar do que impõe o art. 44 da Lei nº 8.112/90:

> *Art. 44. O servidor perderá:*
>
> *I - a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado;*
>
> *II - a parcela de remuneração diária, proporcional aos atrasos, ausências justificadas, ressalvadas as concessões de que trata o art. 97, e saídas antecipadas, salvo na hipótese de compensação de horário, até o mês subsequente ao da ocorrência, a ser estabelecida pela chefia imediata.*
>
> *Parágrafo único. As faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício.*

Por fim, caso ao servidor tenha sido aplicada penalidade disciplinar por faltas menos frequentes, estas poderão ser computadas para configuração da inassiduidade habitual, conforme entendimento do Dasp, que interpretava dispositivo semelhante previsto no antigo Estatuto do Funcionário (Lei nº 1.711/52):

> *Formulação Dasp nº 181. Inassiduidade habitual.*
>
> *Para efeitos do art. 207, § 2º do Estatuto, contam-se, também, as faltas que tenham dado origem a repreensão ou suspensão.*

10.5.3.4. Art. 132, inciso IV (improbidade administrativa)

10.5.3.4.1. Tratamento Jurídico do Ato de Improbidade Administrativa

O legislador constituinte elegeu ao status de princípios constitucionais a moralidade e a probidade administrativa, ambas extraídas do art. 37 da Carta Magna. Consoante comentado no item 10.5.1.9., acerca do dever insculpido no art. 116, IX, da Lei nº 8.112/90, o ato de improbidade administrativa consiste em forma qualificada de ofensa ao princípio da moralidade.

Consoante o ensinamento de Plácido e Silva, o termo "improbidade" denota o seguinte significado:

211 Considerar presunção relativa tratada no item anterior.

> *Derivado do latim "improbitas" (má qualidade, imoralidade, malícia), juridicamente liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter. Desse modo, improbidade revela a qualidade do homem que não procede bem, por não ser honesto, que age indignamente, por não ter caráter, que não atua com decência, por ser amoral. Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral.* [212]

O *caput* e o § 4º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 estabelecem os princípios da moralidade e da probidade administrativa, nos termos abaixo:

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade,* ***moralidade****, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º - Os atos de* ***improbidade administrativa*** *importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (grifou-se)*

O ato de improbidade foi inicialmente previsto no art. 482, I, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) como um dos fundamentos da rescisão do contrato de trabalho por justa causa, consistente no ato de desonestidade, falta de retidão e atuação maliciosa ou perniciosa. Mais à frente, o legislador federal previu, no art. 132, IV, do Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei nº 8.112/90), o ilícito disciplinar consistente na prática de improbidade administrativa, sujeita à penalidade capital.

Nos mesmos moldes do princípio da moralidade, a prática de ato em desrespeito ao dever de probidade somente será reconhecida quando vinculada ao cumprimento das funções públicas, isto é, associada ao exercício do cargo público. Ou seja, os atos da vida privada que não repercutam direta ou indiretamente na vida funcional do servidor não podem ser apontados como atos de improbidade administrativa, a despeito de possivelmente imorais para os padrões sociais vigentes.

Posteriormente, foi editada a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) com o objetivo de estabelecer os limites jurídicos ao conceito de improbidade administrativa e suas repercussões na esfera cível, independentemente das searas penais e administrativas. Frise-se que este diploma não exauriu as competências das entidades administrativas no que tange às apurações da prática de atos de improbidade administrativa. Ao contrário, delimitou as fronteiras das espécies de atos ímprobos, sancionando tais condutas em esfera diversa da estritamente disciplinar ou mesmo penal, mas preservando-as.

Assim, as apurações da prática de atos de improbidade administrativa poderão desenrolar-se administrativamente, por ensejar a conduta indisciplinar prevista no art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90, penalmente, quando implicar a prática de tipo criminal previsto na legislação penal, e, também, civilmente, nos moldes da própria Lei nº 8.429/92.

A lei de improbidade administrativa prevê, nos seus arts. 9º, 10 e 11, três espécies de atos de improbidade:

a) os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º);

b) os que causam prejuízo ao erário (art. 10); e

c) os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Em cada um dos dispositivos a lei cuidou por conceituar as espécies de forma genérica, passando posteriormente a exemplificá-las. Registre-se que o rol delineado em cada uma delas é meramente enunciativo, pois outras situações não previstas na norma poderão enquadrar-se no conceito geral dos caputs de referidos artigos.

212 SILVA, 2010, p. 420.

Conforme o art. 9º da Lei nº 8.429/92, constituirá ato de improbidade importando enriquecimento ilícito "*auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente*":

> *I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;*
>
> *II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;*
>
> *III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;*
>
> *IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;*
>
> *V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;*
>
> *VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;*
>
> *VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;*
>
> *VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;*
>
> *IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;*
>
> *X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;*
>
> *XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;*
>
> *XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.*

Para ser enquadrado nesta hipótese legal não é necessária a comprovação de dano ao erário, basta que fique atestado o enriquecimento ilícito do agente, na forma do caput do art. 9º ou nos seus 12 incisos.

De acordo com o art. 10 da lei, constituirá ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário "*qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente*":

> *I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei;*

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistenciais, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Inciso incluído pela Lei nº 11.107, de 06/04/05)

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

Enquanto o art. 9º visa coibir o enriquecimento ilícito do agente público, o que pode reprimir indiretamente o dano ao erário, o art. 10 cinge-se exclusivamente à tutela do prejuízo ao erário.

Por fim, o art. 11 do mesmo diploma prescreve as hipóteses de ato de improbidade administrativa por atentado aos princípios vertentes da Administração Pública, que consiste em "qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente":

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Para aplicação deste dispositivo, basta a infringência a qualquer dos princípios que regem a Administração Pública insculpidos na norma, prescindindo do enriquecimento ilícito do agente público e do prejuízo ao erário. Todavia, na hipótese de configuração de qualquer destas duas últimas hipóteses, resta afastada a tipificação do ato no art. 11 da lei, por servir apenas de caráter residual, quando não incorrer nas hipóteses do arts. 9º e 10.

Com efeito, a lei prevê que as modalidades de ato de improbidade administrativa previstas nos arts. 9º e 11 (enriquecimento ilícito e atentar contra os princípios da Administração Pública) serão sempre na forma dolosa, no entanto, quanto à modalidade disposta no art. 10 (prejuízo ao erário), permite-se tanto a forma dolosa quanto a culposa.

É nesse rumo que se firma o entendimento da jurisprudência pátria, a saber:

Ementa: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. USO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA EM RAZÃO DO CARGO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. CONFIGURAÇÃO DE CULPA E DOLO GENÉRICO. ELEMENTO SUBJETIVO. DESNECESSIDADE DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO. COMINAÇÃO DAS SANÇÕES. DOSIMETRIA. ART. 12 DA LIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. ART. 18 DA LEI 7.347/1985. INAPLICABILIDADE.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. ***O posicionamento firmado pela Primeira Seção é que se exige dolo, ainda que genérico, nas imputações fundadas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992 (enriquecimento ilícito e violação a princípio), e ao menos culpa, nas hipóteses do art. 10 da mesma norma (lesão ao erário)****. (grifou-se)*

3. A jurisprudência do STJ, quanto ao resultado do ato, firmou-se no sentido de que se configura ato de improbidade a lesão a princípios administrativos, o que, em princípio, independe da ocorrência de dano ou lesão ao erário público.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1320315/DF. Relatora: Ministra Eliana Calmon, publicado em 20/11/2013)

Nesse sentido, por expressa determinação, em sede de reparação cível, é aceitável o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa por lesão ao erário de forma culposa. No entanto, pelo menos na esfera disciplinar, somente é reconhecível a prática de ato de improbidade administrativa doloso, nunca culposo. As palavras do professor José Armando da Costa são precisas nessa direção, bem como a enunciação exarada pela Advocacia-Geral da União no Parecer nº GQ-200, não vinculante:

Conquanto o art. 10 da Lei nº 8.429/92 preveja a modalidade culposa para o delito disciplinar de improbidade administrativa que implique lesão aos cofres públicos, entende-se, todavia, que o elo subjetivo da culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia) não chega a integralizar e satisfazer o corpus delicti da infração disciplinar em apreço. Tal assertiva fundamenta-se no fato de que é de todo impossível conceber-se de modo desonroso, ímprobo ou desonesto. Se o comportamento culposo (em sentido estrito) do agente danifica o patrimônio público, a falta disciplinar cometida poderá constituir qualquer outra transgressão, mas nunca a improbidade administrativa. [213]

213 COSTA, 2009, p. 537.

Parecer-AGU nº GQ-200

Improbidade administrativa - Conceito - Dolo do agente.

I - Improbidade administrativa é ato necessariamente doloso e requer do agente conhecimento real ou presumido da ilegalidade de sua conduta.

10.5.3.4.2. Procedimento Administrativo

De acordo com o já colocado, poderá haver a concomitância entre as instâncias administrativa, civil e penal. Enquanto a administrativa apura a falta funcional (ilícito administrativo) pela prática de ato de improbidade administrativa, de um lado a instância civil vai apurar o mesmo ato e suas repercussões civis, aplicando as sanções previstas na Lei nº 8.429/92, e do outro, a instância penal vai apurar a eventual prática de crime, de acordo com o rito do processo penal.

Consequentemente, no âmbito administrativo, a apuração da prática de ato de improbidade administrativa deve seguir o rito natural do processo administrativo disciplinar, previsto na Lei nº 8.112/90 e não o disposto na Lei nº 8.429/92, tendo em vista que este diploma trata do procedimento específico para apuração da responsabilidade civil e da aplicação das sanções especialmente nele elencadas, distintas da esfera disciplinar.

No plano prático, aconselha-se às comissões disciplinares a fazerem uso dos conceitos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92, para o preenchimento do conceito do tipo indisciplinar previsto no art. 132, IV, mas com a recomendação de não enquadrarem a conduta tão-somente nos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92, posto ser norma voltada às sanções civis dos agentes públicos pela prática de ato de improbidade.

Enquadrar a conduta apenas nos referidos dispositivos poderia ensejar a necessidade de manifestação do Ministério Público ou do Poder Judiciário acerca da configuração ou não da prática de ato de improbidade administrativa, a despeito da efetiva independência das instâncias civil e administrativa.

A própria autoridade administrativa tem competência para definição do ilícito específico de improbidade administrativa, não dependendo de prévia apreciação externa. Esta independência de instâncias, especialmente no que concerne à própria definição do ato de improbidade, é extraída de interpretação sistemática de dispositivos da Lei nº 8.429/92, conjugados com a previsão do art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90.

> *Lei nº 8.112/90*
>
> *Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:*
>
> *(...)*
>
> *IV - improbidade administrativa;*
>
> *Lei nº 8.429/92*
>
> *Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e* ***administrativas*** *previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 14. Qualquer pessoa poderá* ***representar à autoridade administrativa competente*** *para que seja* ***instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.***
>
> *§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a* ***imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts.*** *148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares. (grifou-se)*

Outrossim, a professora Di Pietro manifesta-se na mesma linha de raciocínio:

> *Mesmo que a autoridade administrativa represente ao Ministério Público, na forma dos artigos 7º (para pedir a indisponibilidade dos bens), e 16 (para solicitar o sequestro de bens), não pode deixar de ser instaurado e ter tramitação normal o processo administrativo, pois ele insere-se como manifestação do poder disciplinar da Administração Pública, com a natureza de poder-dever e, portanto, irrenunciável.*[214]

Ademais, a jurisprudência mais recente do STF e do STJ, garante a independência da seara administrativa para apurar e aplicar sanção disciplinar pela prática de ato de improbidade administrativa.

> *(…). A Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) não revogou, seja de forma tácita ou expressa, dispositivos da Lei nº 8.112/1990.* ***Ela apenas definiu atos de improbidade administrativa e lhes cominou penas que podem ser aplicadas a agentes públicos ou não. Daí que permaneceu incólume a independência entre as esferas penal, civil e administrativa, conforme previsto pela própria LIA em seu art. 12. Assim, diante dessa independência, conclui-se que a Administração pode impor pena de demissão ao servidor nos casos de improbidade administrativa****. Precedentes citados: MS 10.220-DF, DJ 13/8/2007; MS 12.262-DF, DJ 6/8/2007; MS 10.987-DF, DJe 3/6/2008; MS 12.536-DF, DJe 26/9/2008; MS 7.253-DF, DJ 19/12/2002, e MS 4.196-DF, DJ 17/8/1998. (grifou-se)*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 12.735/DF. Relator: Ministro Og Fernandes, julgado em 9/6/2010)*

A comissão processante deverá, na capitulação do ato indisciplinar por improbidade, indicar como aplicável o disposto no art. 132, IV, combinado com o enquadramento especificamente apurado, com base nas definições previstas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, que subsidiam a definição do ato de improbidade administrativa.

Além disso, caso a mesma conduta também viole outras disposições passíveis da penalidade de demissão, previstas no art. 132 ou nos incisos IX a XVI do art. 117, indica-se que seja enquadrada também nestas outras hipóteses como forma de evitar o sobrestamento do feito administrativo, em decorrência de eventual discussão judicial sobre a prática de ato de improbidade administrativa e a necessidade de prévia manifestação do Poder Judiciário acerca do ato, de que dependeria o julgamento no âmbito administrativo.

A lei de improbidade administrativa, no art. 15, estabelece às comissões de processo administrativo o dever de comunicar ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas a instauração de apuratório no âmbito disciplinar pela prática de ato de improbidade administrativa, inclusive para que estes órgãos possam designar representante para acompanhar o processo.

> *Lei nº 8.429/92*
>
> *Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.*
>
> *Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.*

Ao STJ foi levada discussão acerca de eventual nulidade do PAD pela falta de ciência aos órgãos fiscalizadores. O Ministro Relator do Mandado de Segurança nº 15.021-DF exarou decisão no sentido de que a mera irregularidade de procedimento em processo administrativo disciplinar (não comunicação ao MP e ao Tribunal de Contas) não é suficiente para anular a punição aplicada pela comissão processante.

> *MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MINISTÉRIO PÚBLICO. TRIBUNAL DE CONTAS. CIÊNCIA. ARTIGO 15 DA LEI 8.429/92. FALTA. MERA IRREGULARIDADE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.*

214 DI PIETRO, 2006, p. 826.

> *I - **Constitui mera irregularidade, incapaz de gerar nulidade, o fato de a comissão processante não ter dado ciência imediata ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas da existência do procedimento administrativo disciplinar, para eventual apuração da prática de ato de improbidade.***
>
> *II - Na espécie, ademais, o processo disciplinar somente foi instaurado após o recebimento de ofício oriundo do próprio Ministério Público Federal, que noticiava indícios de atos de improbidade administrativa. (…) (grifou-se)*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 15.021/DF. Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 25/8/2010)*

10.5.3.4.3. Enriquecimento Ilícito por aquisição de bens desproporcional aos rendimentos ou à evolução patrimonial

Entre as hipóteses de ato de improbidade administrativa previstas na Lei nº 8.429/92, destaca-se a modalidade de enriquecimento ilícito disposta no art. 9º, VII, consistente na aquisição de bens, para si ou para outrem, desproporcionalmente à evolução do patrimônio ou da renda do agente público.

Caso o agente público adquira bens, de qualquer natureza (móveis, imóveis, direitos, etc.), para ele próprio ou para terceira pessoa, de forma desproporcional à sua renda regularmente auferida ou ao acréscimo patrimonial natural dos bens que já compõem seu acervo, incorrerá no ilícito mencionado.

> *Lei nº 8.429/92*
>
> *Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:*
>
> *(...)*
>
> *VII - **adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;** (grifou-se)*

Em breve resumo, a compatibilidade patrimonial é verificada por meio da apuração dos rendimentos declarados pelo agente à Secretaria da Receita Federal do Brasil, subtraídos de suas despesas. Caso as despesas (gastos de toda ordem) superem as receitas declaradas, caracteriza-se, em tese, omissão de rendimentos (receitas não declaradas), que indicia possível variação patrimonial sem sustentação em rendas reveladas.

No apuratório disciplinar, caberá à Administração comprovar a evolução patrimonial desproporcional do agente, no exercício da função pública, para que fique caracterizada presunção relativa de veracidade. Isto é, sendo atestado pela Administração que houve aquisição de bens além do suportado pelos rendimentos legalmente declarados, constitui-se presunção juris tantum (relativa) contra o investigado, que poderá produzir elementos de prova em sentido contrário. Neste tocante, vale lembrar o já mencionado Enunciado CGU nº 8:

> *Art. 132, IV, Lei nº 8.112/90 c/c art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92. ÔNUS DA ADMINISTRAÇÃO. DEMONSTRAÇÃO DA DESPROPORCIONALIDADE. Nos casos de ato de improbidade que importem em enriquecimento ilícito pelo agente público, cujo valor seja desproporcional à evolução do seu patrimônio ou à sua renda, compete à Administração Pública apenas demonstrá-lo, não sendo necessário provar que os bens foram adquiridos com numerário obtido através de atividade ilícita.*
>
> *Enunciado CGU nº 8, publicado no DOU de 10/12/14, seção 1, página 2*

Como já colocado, a prévia constatação de patrimônio desproporcional do agente não pode ser considerada sinal de locupletamento ilícito insuscetível de prova em contrário, apesar de configurada a pre-

sunção legal. Isto porque esta presunção a favor da Administração não é absoluta, admitindo contraprova. Cabe ao investigado demonstrar que sua evolução patrimonial foi lícita e dissociada de atividades afetas a suas funções públicas. Acaso devidamente atestada a aquisição dos bens por meios desvinculados às funções públicas, restará afastada a conduta insculpida no art. 9º, VII, da Lei nº 8.429/92, sendo considerada atípica para fins disciplinares.

Assinala-se que se mostra desnecessária a comprovação do nexo causal do enriquecimento ilícito com o exercício da função pública. Caso fosse imprescindível tal prova para a caracterização do ilícito comentado, a comissão apuradora teria uma tarefa hercúlea, quase impossível de ser cumprida. Ademais, o inciso VII do art. 9º da Lei nº 8.429/92 é um tipo disciplinar autônomo e específico, independente do caput do mesmo dispositivo. Com isso, não é necessária a comprovação do recebimento de efetiva vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, prevista no caput do art. 9º, para a capitulação da conduta no inciso VII, posto ser independente.

Além disso, exigir a comprovação do liame do enriquecimento ilícito com o cumprimento das funções públicas tornaria sem efeito a própria previsão do inciso VII, esvaziaria seu conteúdo, já que a conduta deixaria de ser nele inserta para configurar os ilícitos previstos no art. 117, IX ou XII, da Lei nº 8.112/90.

> *Lei nº 8.112/90*
>
> *Art. 117. Ao servidor é proibido:*
>
> *(...)*
>
> *IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;*
>
> *(...)*
>
> *XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;*

Por seu turno, foi proposta a criminalização desta conduta no Projeto de Lei nº 5.586/05[215], que sugere o acréscimo do art. 317-A ao Código Penal, nos termos abaixo:

> *Projeto de Lei nº 5.586/05*
>
> *Art. 317-A. Possuir, manter ou adquirir, para si ou para outrem, o funcionário público, injustificadamente, bens ou valores de qualquer natureza, incompatíveis com sua renda ou com a evolução de seu patrimônio:*
>
> *Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.*

Além da existência de dolo do agente, questão relevante a ser verificada no caso concreto é o grau de desproporção na aquisição de bens para com os rendimentos auferidos. Deve-se levar em consideração os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na formação do juízo da conformação ou não da conduta no ilícito em questão. Inconsistências de pequena relevância e vinculadas exclusivamente à seara fiscal não devem ser importadas para a seara disciplinar.

No plano prático, há infrações fiscais ou erros nas declarações prestadas ao fisco que não implicam em patrimônio a descoberto do agente, consistindo em mera infração tributária ou simples erro de preenchimento. Assim, recomenda-se evitar apressada imputação de irregularidades disciplinares indevidas, devendo a comissão apuradora agir com cautela no apontamento de referida infração, a partir da análise de indicadores precisos e elucidativos de possível variação patrimonial a descoberto (não declarada).

A deflagração de procedimento para aferir eventual enriquecimento ilícito por incompatibilidade com a renda pode ser realizada com base em pelo menos três vieses diversos: constatação de evolução patrimo-

215 Ainda em tramitação na Câmara dos Deputados, tendo sido retirado do regime de urgência, a pedido do Poder Executivo, em 6 de julho de 2016. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=292771

nial desproporcional; sinais exteriores de riqueza (gastos além do suportado pelo padrão de rendimentos) e movimentação financeira incompatível.

De acordo com o relatado acerca da presunção relativa a favor da Administração, cabe ao investigado fazer prova em sentido contrário à constatação de enriquecimento ilícito. Deve-se destacar, com isso, que é plenamente possível ao agente demonstrar a licitude dos seus ganhos que dariam suporte ao acréscimo patrimonial evidenciado, como por exemplo, recebimento de heranças, prática de atividades privadas, valorização natural de bens que já compõem o patrimônio, etc. Ou seja, o agente precisa demonstrar que o acréscimo patrimonial obtido não decorreu do uso indevido do cargo.

De todo modo, a Administração apenas pode ter ciência da renda auferida pelo exercício da função pública ou, ao menos, a declarada ao Fisco. Nesse sentido, para verificação da compatibilidade de renda somente será levada em consideração a renda do agente formalmente conhecida, cabendo a ele comprovar a existência de outras receitas não reveladas, mesmo de origem ilícita. Neste particular aspecto, comprovada a desvinculação do aumento patrimonial incompatível com o exercício do cargo público, mesmo que as rendas tenham origem ilícita (exemplo: produto do crime de tráfico de drogas) não restarão medidas de caráter disciplinar, sem prejuízo de investigação no âmbito criminal sobre a prática do suposto crime.

Vale frisar também a independência das instâncias fiscal e disciplinar. Caso o agente comprove rendimentos recebidos, mas não declarados à Secretaria da Receita Federal do Brasil, que sustentem a evolução patrimonial discutida, restará afastada no plano disciplinar qualquer repercussão punitiva. A despeito disso, o ilícito fiscal poderá configurar-se autonomamente. O Decreto nº 5.483/05 reforça esta independência ao prelecionar que, após a conclusão de sindicância patrimonial instaurada para apurar possível enriquecimento ilícito, deverá ser comunicada a Secretaria da Receita Federal do Brasil para providências de sua alçada.

> *Art. 8º Ao tomar conhecimento de fundada notícia ou de indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público, nos termos do art. 9º da Lei nº 8.429, de 1992, a autoridade competente determinará a* ***instauração de sindicância patrimonial****, destinada à apuração dos fatos.*
>
> *Parágrafo único. A sindicância patrimonial de que trata este artigo será instaurada, mediante portaria, pela autoridade competente ou pela Controladoria-Geral da União.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 10.* ***Concluído o procedimento de sindicância*** *nos termos deste Decreto, dar-se-á* ***imediato conhecimento*** *do fato ao Ministério Público Federal, ao Tribunal de Contas da União, à Controladoria-Geral da União, à* ***Secretaria da Receita Federal*** *e ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras. (grifou-se)*

Ademais, não há que se falar em bis in idem (dupla punição) caso o agente responda concomitantemente nas duas esferas, disciplinar e fiscal, resultando nas respectivas sanções. Ainda, se o agente tiver sido punido em uma esfera administrativa, tal fato não implica necessariamente em punição na outra, visto que o mesmo fato ecoa diferentes reflexos (disciplinar ou estatutário e fiscal). Na seara disciplinar busca-se averiguar a compatibilidade patrimonial do agente com seus rendimentos, enquanto na fiscal visa-se tão somente à apuração da tributação legal sobre seus rendimentos.

Para concluir, é mister ressaltar que, encontrando-se o servidor em situação de acumulação lícita de cargos públicos, em conformidade com o artigo 37, inciso XVI, da Constituição Federal, caracterizado o enriquecimento ilícito por incompatibilidade patrimonial, a presunção de ilegitimidade do patrimônio adquirido deve ter reflexos em relação a todos os cargos acumulados, levando à inevitável conclusão de que essa incompatibilidade advém de ações ilícitas praticadas em todos eles.

De fato, o conjunto probatório indicador da ocorrência de enriquecimento ilícito, caracterizado pela aquisição de bens desproporcionais à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, serve de lastro, dada a presunção legal de que essa incompatibilidade é oriunda de irregularidades praticadas em razão das

atribuições inerentes a todos os cargos acumulados, à aplicação da penalidade de demissão em relação a cada um deles.

10.5.3.4.4. Declaração de Bens dos Servidores.

A Lei nº 8.112/90 estatuiu o dever dos servidores públicos federais de apresentarem declaração de bens e valores que constituem o patrimônio particular de cada um no ato da posse.

Logo em seguida, a Lei nº 8.429/92, em seu art. 13, previu que a efetiva apresentação da declaração dos bens e valores do agente público é condição necessária para a posse e o exercício nos respectivos mandatos, cargos, empregos ou funções públicas. Observa-se que a lei estendeu tal obrigatoriedade a todo e qualquer agente público, não apenas aos servidores públicos federais. Esta declaração deve ser atualizada anualmente e na data em que o agente público deixar o exercício de sua função.

Ao invés de declaração especificamente preparada para entrega ao serviço pessoal, o servidor poderá utilizar-se de cópia da Declaração Anual de Bens apresentada à Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme determina o art. 13, § 4º, da Lei nº 8.429/92.

> *Art. 13. A* ***posse*** *e o* ***exercício*** *de agente público ficam* ***condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado****, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º A declaração de bens será* ***anualmente atualizada*** *e na* ***data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.***
>
> *(...)*
>
> *§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2º deste artigo.*
>
> *§ 5º No ato da* ***posse****, o servidor apresentará* ***declaração de bens e valores que constituem seu patrimônio*** *e declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública. (grifou-se)*

Destaca-se que a lei de improbidade administrativa prevê, no § 3º do art. 13, de forma independente da Lei nº 8.112/90 e dos estatutos de cada esfera dos entes federados, bem como da legislação trabalhista, pena de demissão, a bem do serviço público, para o agente público que se recusar a prestar a declaração dos bens ou que a prestar falsa.

> *§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se* ***recusar a prestar declaração dos bens****, dentro do prazo determinado, ou que a* ***prestar falsa****. (grifou-se)*

Este dispositivo deve ser interpretado com ressalvas. Somente será aplicável caso o servidor se recuse a apresentar a declaração, mesmo depois de notificado para tanto, sendo assegurado o devido processo legal. Isto é, o simples fato de não ter entregue a declaração não é causa, por si só, de demissão, sendo imprescindível a sua reincidência dolosa (relutância em não a apresentar mesmo depois de regularmente solicitado).

Além disso, caso o servidor apresente dolosamente declaração de bens falsa, resta também configurado o ilícito. A falsidade deve ser apurada no caso concreto, não se configurando na hipótese de erro culposo do agente.

Em acréscimo aos dois diplomas citados, mais à frente foi editada a Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, a qual determinou que os detentores de mandatos políticos dos Poderes Executivo e Legislativo,

membros do Poder Judiciário e do Ministério Público da União, bem como todos aqueles que exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança nos órgãos pertencentes à Administração direta ou indireta da União, devem entregar declaração de bens na entrada e na saída do exercício da função, como também no final de cada exercício financeiro (anualmente).

A declaração deverá ser apresentada ao setor de pessoal do seu órgão e cópia deverá ser remetida ao TCU.

> *Lei nº 8.730/93*
>
> *Art. 1º É* ***obrigatória a apresentação de declaração de bens****, com indicação das fontes de renda, no momento da* ***posse*** *ou, inexistindo esta, na* ***entrada em exercício de cargo, emprego ou função****, bem como no* ***final de cada exercício financeiro****, no* ***término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo****, por parte das autoridades e servidores públicos adiante indicados:*
>
> *(...)*
>
> *VII - todos quantos exerçam* ***cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União.***
>
> *(...)*
>
> *§ 2º O declarante remeterá, incontinenti, uma* ***cópia da declaração ao Tribunal de Contas da União****, para o fim de este: (...)*
>
> *Art. 3º A não apresentação da declaração a que se refere o art. 1º, por ocasião da posse, implicará a não realização daquele ato, ou sua nulidade, se celebrado sem esse requisito essencial.*
>
> *Parágrafo único. Nas demais hipóteses, a não apresentação da declaração, a falta e atraso de remessa de sua cópia ao Tribunal de Contas da União ou a declaração dolosamente inexata implicarão, conforme o caso:*
>
> *(...)*
>
> *b) infração político-administrativa, crime funcional ou falta grave disciplinar, passível de perda do mandato, demissão do cargo, exoneração do emprego ou destituição da função, além da inabilitação, até cinco anos, para o exercício de novo mandato e de qualquer cargo, emprego ou função pública, observada a legislação específica. (grifou-se)*

Em regulamentação dos dispositivos legais que impõem o dever de apresentar a declaração de bens, especialmente ao art. 13 da Lei nº 8.429/92, foi editado o Decreto nº 5.483/05, que prevê a possibilidade de o servidor autorizar o acesso à declaração anual apresentada à Secretaria da Receita Federal do Brasil. Ademais, foi também editada a Portaria Interministerial MPOG/CGU nº 298, de 6 de setembro de 2007, que prevê, expressamente, as duas possibilidades de apresentação da declaração de bens: autorizar acesso, por meio eletrônico, às cópias das declarações de ajuste anual do imposto de renda da pessoa física ou apresentar anualmente, em papel, declaração de bens e valores específicas ao setor de pessoal.

A CGU e os órgãos de controle interno e externo do Poder Executivo Federal terão acesso a tais dados com o fito de, eventualmente, analisarem a evolução patrimonial dos agentes públicos.

> *Decreto nº 5.483/05*
>
> *Art. 3º.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º O cumprimento do disposto no § 4º do art. 13 da Lei nº 8.429, de 1992, poderá, a critério do agente público, realizar-se mediante* ***autorização de acesso à declaração anual apresentada à Secretaria da Receita Federal****, com as respectivas retificações.*

(...)

Art. 7º A ***Controladoria-Geral da União****, no âmbito do Poder Executivo Federal, poderá analisar, sempre que julgar necessário, a* ***evolução patrimonial do agente público, a fim de verificar a compatibilidade desta com os recursos e disponibilidades que compõem o seu patrimônio****, na forma prevista na Lei nº 8.429, de 1992, observadas as disposições especiais da Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993.*

Portaria Interministerial-MPOG/CGU nº 298/07

Art. 1° Todo agente público, no âmbito do Poder Executivo Federal, como forma de atender aos requisitos constantes no art. 13 da Lei n° 8.429, 2 de junho de 1992, e no art. 1º da Lei nº 8.730, 10 de novembro de 1993, deverá:

I - ***autorizar o acesso, por meio eletrônico, às cópias de suas Declarações de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física****, com as respectivas retificações, apresentadas à Secretaria da Receita Federal do Brasil, do Ministério da Fazenda; ou*

II - ***apresentar anualmente, em papel, Declaração de Bens e Valores que compõem o seu patrimônio privado****, a fim de ser arquivada no Serviço de Pessoal competente.*

(...)

§ 3° Uma vez autorizado o acesso à Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física, na forma de inciso I deste artigo, não haverá necessidade de renovação anual da autorização.

§ 4° O agente público poderá cancelar a autorização prevista no inciso I deste artigo, passando a entregar a Declaração de Bens e Valores anualmente em papel, na forma do inciso II.

(...)

Art. 5° As informações apresentadas pelo agente público ou recebidas da Secretaria da Receita Federal do Brasil serão ***acessadas somente pelos servidores dos órgãos de controle interno e externo para fins de análise da evolução patrimonial do agente público.*** *(grifou-se)*

Das análises realizadas nas declarações de bens e valores dos agentes públicos federais, poderá a CGU ou as unidades seccionais de correição de cada entidade federal identificar indícios de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. Com isso, o Decreto nº 5.483/05 instituiu o procedimento denominado de Sindicância Patrimonial, que consiste em mais um mecanismo de apuração de supostos ilícitos disciplinares, especialmente no que tange à possível incompatibilidade patrimonial e que foi tratada neste manual no item 6.1.3.

Apenas para relembrar, em síntese, a sindicância patrimonial é um procedimento investigativo, de acesso restrito e sem caráter punitivo, tendo por finalidade apurar a compatibilidade patrimonial do agente público com sua renda. O procedimento deve ser conduzido por comissão composta de pelo menos dois servidores ou empregados públicos efetivos. Não há necessidade de os servidores serem estáveis, visto não possuir a sindicância caráter punitivo. O prazo para o término dos trabalhos é de 30 dias, prorrogável por igual período ou inferior. Ao final, a comissão de sindicância patrimonial emitirá relatório conclusivo opinando pelo arquivamento das peças processuais, caso não caracterizados indícios de enriquecimento ilícito do investigado, ou pela instauração de processo administrativo disciplinar (PAD), na hipótese de serem demonstrados sinais claros de desproporção entre a renda e a evolução patrimonial do agente público.

10.5.3.4.5. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CONFLITO DE INTERESSES

10.5.3.4.5.1. CONFLITO DE INTERESSES

O *conflito de interesses*, apesar de ter sido indiretamente mencionado na Lei nº 8.112/90 (art. 117, parágrafo único, inciso II), apenas ganhou conceituação conclusiva com a edição da Lei nº 12.813/13 (Lei

de Conflito de Interesses) que, no inciso I de seu art. 3º, assim o definiu: "situação gerada pelo confronto entre interesses públicos e privados, que possa comprometer o interesse coletivo ou influenciar, de maneira imprópria, o desempenho da função pública".

A referida lei traz aspectos preventivos e repressivos das situações consideradas geradoras de conflito de interesses, demonstrando que, em primeiro momento, a intenção do legislador é que sejam cessadas ou não iniciadas as situações em si. Porém, no caso de sua ocorrência, consoante estabelece o art. 12 da Lei nº 12.813/13, o agente público estará sujeito à apuração disciplinar pela configuração, em tese, de ato de improbidade administrativa, conduta a ser apurada e, conforme o caso, sancionada nos termos da Lei nº 8.112/90, sem prejuízo da apuração e implicações previstas na Lei nº 8.429/92.

Assim, resta demonstrada a relevância do assunto para o presente manual, uma vez que a apuração e eventual apenação do agente público cujos atos venham a configurar conflito de interesses haverá de ser feita por meio de processo administrativo disciplinar, com a observância, dentre outros, dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

10.5.3.4.5.1.1. ABRANGÊNCIA SUBJETIVA

É importante abordar a abrangência subjetiva da Lei de Conflito de Interesses, para que não se incorra no erro de identificar como destinatários apenas grupos específicos de agentes públicos, embora, para alguns grupos, a lei realmente traga previsões adicionais.

Assim, por força do art. 10, aplicam-se os arts. 5º e 6º, I a todo ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo federal, conforme se lê:

> *Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*
>
> *I - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas;*
>
> *II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;*
>
> *III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;*
>
> *IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*
>
> *V - praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão;*
>
> *VI - receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e*
>
> *VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.*
>
> *Parágrafo único. As situações que configuram conflito de interesses estabelecidas neste artigo aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou empregos mencionados no art. 2º ainda que em gozo de licença ou em período de afastamento.*
>
> *Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*

I - a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas;

Art. 10. As disposições contidas nos arts. 4º e 5º e no inciso I do art. 6º estendem-se a todos os agentes públicos no âmbito do Poder Executivo federal.

A eles também se aplicam as medidas de natureza preventiva, previstas no art. 4º da Lei, que consistem em agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada, consultando a Comissão de Ética Pública ou a CGU, em caso de dúvida.

Tais obrigações preventivas, fixadas no art. 4º, também são exigíveis do grupo de agentes destacado no art. 2º da Lei, que abrange os ocupantes de empregos e cargos: a) de ministro de Estado; b) de natureza especial ou equivalentes; c) de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; d) do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS, níveis 6 e 5 ou equivalentes; e e) de cargos ou empregos cujo exercício proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro. Estes, porém, obrigam-se, ainda, a não incorrer nas situações previstas no art. 6º, II.

Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

(...)

II - no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União:

a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego;

b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência do cargo ou emprego ocupado;

c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou

d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego.

10.5.3.4.5.1.2. PREVENÇÃO

Não obstante a previsão legal de a situação de conflito de interesses poder-se materializar em ilícito disciplinar, se observa que a lei tem um viés eminentemente preventivo, tanto ao colocar como obrigação genérica de todo ocupante de cargo ou emprego no Executivo Federal a fuga a tais situações, quanto ao prever as figuras da consulta e da autorização para o exercício da atividade privada. Quer dizer, o objetivo maior previsto na legislação é que não ocorram ou sejam cessadas as situações de conflito de interesses e, residualmente, a apuração disciplinar de tais situações, conforme se exporá mais adiante.

O entendimento sobre o fluxo das consultas passa pela interpretação conjunta da Lei nº 12.813/13 e da Portaria Interministerial nº 333, de 19 de setembro de 2013, dos então Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e Chefe da Controladoria-Geral da União, publicada no Diário Oficial da União de 20 de setembro de 2013, seção 1, página 80.

Assim, inicialmente, o §1º do art. 4º da Lei nº 12.813/13 prevê que, existindo dúvida, o agente público deverá consultar a Comissão de Ética Pública (agentes mencionados no art. 2º, I a IV) ou a CGU (demais agentes, conforme regulamento), em conformidade com o art. 8º, parágrafo único.

Em relação aos agentes submetidos à atuação da CGU, a regulamentação ocorreu por meio da Portaria já citada, a qual, em seu art. 2º, I, define consulta como o "instrumento à disposição de servidor ou empregado público pelo qual ele pode solicitar, a qualquer momento, orientação acerca de situação concreta, individualizada, que lhe diga respeito e que possa suscitar dúvidas quanto à ocorrência de conflito de interesses".

Importa destacar que a Portaria prevê a necessidade de que sejam submetidos à apreciação casos concretos, não sendo possível a apreciação em tese.

Em termos de fluxo verifica-se que a Portaria prevê que, tanto a consulta quanto o pedido de autorização de exercício de atividade privada serão endereçados, inicialmente, para as unidades de Recursos Humanos, nos termos e condicionantes do art. 4º.

Inexistindo conflito de interesses, ou sendo irrelevante, a própria unidade de Recursos Humanos ou outra autoridade conforme regulamentação própria de cada órgão ou entidade, comunicará ao interessado, emitindo, se se tratar desta hipótese, autorização para o exercício da atividade privada especificamente consultada.

Somente nos casos de verificação do potencial conflito de interesses é que haverá encaminhamento da consulta ou do pedido de autorização à CGU[216], que exercerá a sua competência legal, nos termos do art. 7º da Portaria nº 333/2013:

> *Art. 7º Cabe à CGU, nas consultas a ela submetidas pelas unidades de Recursos Humanos dos órgãos e entidades do Poder Executivo federal, analisar e manifestar-se sobre a existência ou não de conflito de interesses, bem como autorizar o servidor ou empregado público a exercer atividade privada, quando verificada inexistência de conflito de interesses ou sua irrelevância.*
>
> *Parágrafo único. Caso entenda pela existência de conflito de interesses, a CGU poderá determinar medidas para sua eliminação ou mitigação, levando em conta a boa-fé do servidor ou empregado público, com a possibilidade, inclusive, de concessão de autorização condicionada*

O sistema normativo construído permite, assim, afirmar que a CGU atua como uma instância decisória, ou seja, as respostas às consultas e pedidos de autorização inseridos em sua esfera de competência deverão ser acatadas pelos órgãos, entidades e agentes públicos a que digam respeito, nos termos e limites do quanto oferecido para análise (fato e circunstâncias do fato concreto), vez que a adição de novas situações ou condicionantes podem mudar, completamente, a análise sobre a existência ou a relevância da situação de conflito de interesses. Nesta mesma linha, deve ser considerada não somente a manifestação final, sobre a existência ou não da situação de conflito (ainda que potencial), mas, também, e principalmente, as razões que levaram a estas conclusões, pois é nas razões de decidir que se encontrará a descrição do fato e respectivas circunstâncias que levaram a determinada conclusão. Consistindo em verdadeiro ato administrativo decisório, entende-se aplicável o art. 50 da Lei nº 9.784/99, mais especificamente:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

(...)

216 No âmbito da CGU, por força da Portaria CGU nº 1.911, publicada no DOU de 7 de outubro de 2013, seção 1, página 2, a unidade responsável pela análise das mencionadas consultas é a Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção – STPC.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Como se tratará do aspecto disciplinar da situação de conflito de interesses é importante, desde já, evidenciar, porém, que esta manifestação em sede de consulta não necessariamente vinculará o resultado de uma apuração disciplinar, uma vez que esta sempre abordará o elemento subjetivo da conduta do agente enquanto que, na consulta, avaliam-se os fatos e circunstâncias apresentadas e a sua subsunção ou não à norma.

Vale registrar, por fim, que as consultas e pedidos de autorização referentes aos agentes públicos listados nos incisos I a IV do art. 2º da Lei nº 12.813/13 deverão, se for o caso, ser encaminhadas à Comissão de Ética Pública.

10.5.3.4.5.2. APURAÇÃO DISCIPLINAR

A repercussão disciplinar das situações de conflito de interesses decorre das previsões dos arts. 12 e 13 da Lei nº 12.813/13, abaixo transcritos:

> *Art. 12. O agente público que praticar os atos previstos nos arts. 5º e 6º desta Lei incorre em improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando não caracterizada qualquer das condutas descritas nos arts. 9º e 10 daquela Lei.*
>
> *Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput e da aplicação das demais sanções cabíveis, fica o agente público que se encontrar em situação de conflito de interesses sujeito à aplicação da penalidade disciplinar de demissão, prevista no inciso III do art. 127 e no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, ou medida equivalente.*
>
> *Art. 13. O disposto nesta Lei não afasta a aplicabilidade da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, especialmente no que se refere à apuração das responsabilidades e possível aplicação de sanção em razão de prática de ato que configure conflito de interesses ou ato de improbidade nela previstos.*

Da leitura depreende-se que a prática de conduta que implique em conflito de interesses configura-se, em tese, como ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública, conforme previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92, ressalvada a hipótese de que a improbidade se materialize em condutas previstas nos arts. 9º e 10 da mesma Lei, quando, então, receberão este enquadramento mais específico.

Em todo caso, como a configuração é, teoricamente, improbidade administrativa, a penalidade prevista, nos termos do art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90 é a de demissão.

A apuração e eventual responsabilização serão processadas nos termos da Lei nº 8.112/90, inclusive no que se refere à competência da autoridade instauradora do processo.

Assim, pode-se dizer que o bem tutelado pela norma é a própria probidade administrativa e, por isso, a configuração das hipóteses não requer a ocorrência de lesão ao patrimônio público ou o recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou terceiro (art. 4º, §2º, Lei nº 12.813/13). Tais circunstâncias, portanto, não são elementares à configuração do ilícito, mas, se presentes, poderão ensejar enquadramento mais específico nos arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429/92.

10.5.3.4.5.2.1. SEMELHANÇAS COM TIPOS ESTATUTÁRIOS

A legislação assimilou o conflito de interesses à improbidade administrativa, não se podendo, contudo, negar a semelhança entre condutas previstas na Lei nº 12.813/13 e descrição de ilícitos disciplinares trazida pela Lei nº 8.112/90, conforme pode ser verificar na compilação abaixo:

OBJETO	CONDUTA		SANÇÃO	
	LEI Nº 12.813/13	LEI Nº 8.112/90	LEI Nº 12.813/13	LEI Nº 8.112/90
Resguardo de informações	Divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas (art. 5º, I).	Revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo (art. 132, inciso IX).	Demissão e impedimento de retornar ao serviço público federal, sem prejuízo das demais cabíveis, em Ação Cível de Improbidade Administrativa.	Demissão
Exercício de atividade incompatível	Exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas (art. 5º, inciso III).	Exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho (art. 117, inciso XVIII).		Suspensão
Atuação como procurador/ intermediário	Atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 5º, inciso IV).	Atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro (art. 117, inciso XI).		Demissão e incompatibilização para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.
Recebimento de presentes	Receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento (art. 5º, inciso VI).	Receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições (art. 117, inciso XII).		Demissão

Pela proximidade da descrição das condutas e sutileza dos detalhes de possível diferenciação, o método mais seguro de avaliar-se se se trata de revogação da Lei nº 8.112/90 ou se, realmente, é possível a coexistência das normas, é a análise do caso concreto. E, neste contexto, já é importante pontuar a dificuldade de tratamento da matéria, haja vista a inexistência de estudos doutrinários ou mesmo posicionamentos jurisprudenciais que possam balizar entendimentos a serem tomados como paradigmas. Ou seja, até o presente momento, ainda se verifica uma necessidade de análise casuística, até que se possa formular padrões de entendimento com maior segurança jurídica.

Não obstante a carência de referencial teórico, se pode mencionar, por exemplo, o entendimento de Marcos Salles Teixeira o qual, no entanto, é consonante com a linha já traçada, no sentido da necessidade de análise do caso concreto:

> A chave de solução para elucidar se determinada conduta a priori enquadrável em algum daqueles enquadramentos da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e também atingida pela definição de conflito de interesses em algum dos sete incisos do art. 5º (e também do inciso I do art. 6º) da Lei nº 12.813, de 16/05/13, e, portanto, legalmente definidos como atos de improbidade administrativa por

> afronta a princípios reitores da Administração, inafastavelmente, passa pela ponderação dinâmica se o fato concreto sob análise, primeiramente, amolda-se às especiais literalidades desta última Lei e, em segundo estágio, se, além da formal adequação à previsão legal, carregam em si carga de ânimo subjetivo, de gravidade e de repulsa social a ponto de merecerem o sancionamento como ímproba, nos termos combinados do art. 132, IV da Lei nº 8.112, de 11/12/90, e do caput do art. 11 da Lei nº 8.429, de 02/06/92. Do contrário, caso não se amolde à literalidade em especial que reflete o instituto do conflito de interesses do art. 5º (e também do inciso I do art. 6º) da Lei nº 12.813, de 16/05/13, ou, ainda que se amolde, não comporte o ânimo subjetivo, a gravidade ou a repulsa social merecedores do enquadramento como ímproba, deve restar enquadrada em algum daqueles enquadramentos estatutários mais genéricos (...).

Conforme já mencionado anteriormente, se verifica a imprescindibilidade, em se tratando da apuração disciplinar, de que seja avaliado o elemento subjetivo da conduta do agente. Primeiramente, porque não existirá responsabilização disciplinar, de modo geral, se não se tratar de conduta, pelo menos, culposa, pois o ordenamento jurídico estabelece a necessidade de que a responsabilidade seja subjetiva. No caso específico, além de ser determinante para a própria responsabilização, o elemento subjetivo poderá nortear, inclusive, o enquadramento legal mais adequado, se houver mais de uma possibilidade nas normas sob análise.

Vale mencionar, ainda, que, em que pese a existência de entendimento no sentido de que, para as condutas delineadas no art. 10 da Lei nº 8.429/92, bastaria conduta culposa, esta CGU filia-se ao entendimento, conforme já exposto no item 10.5.3.4.1, de que, para fins disciplinares, o elemento subjetivo da improbidade administrativa é o dolo, entendido como intenção ou, minimamente, consciência da ilicitude da conduta.

Frise-se ainda que algumas das ilicitudes descritas na Lei de Conflito de Interesses, sobretudo aquelas descritas nos incisos II, III, IV e V do artigo 5º, não dependem de obtenção de resultado ou sequer de expectativa de resultado. A prática da conduta descrita na norma, por si só, já pode caracterizar o ilícito. Nestes casos, o dolo deve ser verificado como a consciência do agente de figurar na situação descrita como irregular.

Ainda em se tratando da semelhança entre os tipos, vale destacar que, inobstante essa ocorrência, a penalidade decorrente da subsunção à Lei nº 12.813/13, sempre é a mais gravosa – demissão por improbidade administrativa, com o impedimento de retornar ao serviço público federal, além da possibilidade de cumulação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92 (perda de bens ou valores, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil, a serem aplicadas conforme enquadramento e circunstâncias do caso concreto), por via da ação judicial própria, prevista na mesma lei.

Diante destas possibilidades dadas pelo próprio ordenamento jurídico, é oportuno relembrar a afirmativa feita sobre o alcance da vinculação, seja das manifestações das unidades dos órgãos e entidades, ou mesmo da CGU, nas consultas sobre existência de conflito de interesses, ainda que potencial. Para correta avaliação, é preciso ponderar que:

a) A resposta a uma consulta está cingida ao caso concreto apresentado pelo agente, com as circunstâncias que são por ele também indicadas;

b) Na avaliação de uma consulta não há análise sobre o elemento subjetivo da conduta do agente;

c) As comissões disciplinares têm que trabalhar com autonomia e independência e, observando os princípios da ampla defesa e do contraditório, devem buscar a verdade material dos fatos, para formar o convencimento sobre a existência de ilícito disciplinar, qual o enquadramento mais adequado e a respectiva sanção, valendo lembrar, ainda, que a última palavra, no processo disciplinar, será da autoridade competente para o julgamento, que deverá decidir em conformidade com a prova dos autos; e

d) Havendo manifestação de qualquer autoridade competente sobre inexistência de conflito de

interesses e, posteriormente, havendo apuração disciplinar sobre o fato, o investigado poderá invocar a referida manifestação em sua defesa, porém, esta não terá valoração absoluta, devendo ser analisada, primeiramente, quanto ao seu alcance (fatos e circunstâncias informados na consulta) e delimitação (razões de decidir), além da necessidade de ser vista como mais uma prova, em busca da verdade material dos fatos. Assim, a consequência somente advirá do regular processamento da apuração, com a produção de todas as provas necessárias, não havendo como, a priori, eximir o agente de completa responsabilidade, por haver uma decisão favorável à prática da atividade consultada.

Assim, havendo demanda pela apuração disciplinar de situação de conflito de interesses, a comissão processante deverá levar em consideração as eventuais manifestações precedentes (dos órgãos/entidades, da CGU ou mesmo da Comissão de Ética Pública), porém, deverá avaliar tais manifestações no contexto dos autos, não podendo constituir-se em prova exclusiva, seja para condenar, seja para absolver. A comissão deverá avaliar todas as circunstâncias indicadas na denúncia ou representação, o alcance e as razões de decidir das manifestações precedentes, o conhecimento maior ou menor do investigado acerca da reprovabilidade de sua conduta e todos os demais elementos que somente o caso concreto poderá apresentar.

10.5.3.5. Art. 132, inciso V (incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição)

Incontinência é a falta de moderação, de comedimento. Como bem ilustra o professor Léo da Silva Alves "*a incontinência de conduta é a maneira desregrada de viver. Trata-se da pessoa depravada, de procedimentos vulgares, escandalosos, que chocam os valores morais e os costumes*"[217].

Para a caracterização da infração funcional, o inciso exige que a incontinência seja pública, isto é, que seja praticada na presença de outras pessoas. Além disso, a incontinência deve ocorrer no âmbito da repartição, ou, pelo menos, estar relacionada com o exercício das atribuições do servidor. Assim, o comportamento do servidor em sua vida privada não é alcançado pelo dispositivo em comento. Por outro lado, a incontinência praticada fora da repartição, mas relacionada ao exercício das atribuições do servidor, pode ocasionar a incidência da norma.

Outro comportamento condenado pelo dispositivo em tela é a conduta escandalosa, assim entendida como o desprezo às convenções ou a moral vigente. Conforme visto, os conceitos de "incontinência" e "conduta escandalosa" são semelhantes e estão relacionados a desvios comportamentais. Sob o ponto de vista do estatuto funcional, a principal diferença entre eles reside no fato de que a conduta escandalosa não precisa ser cometida publicamente para que caracterize a infração disciplinar, é dizer, os atos praticados às escondidas, desde que ofendam fortemente a moral, devem ser enquadrados como "condutas escandalosas", a exemplo dos atos de conotação sexual praticados de forma reservada. Da mesma forma do aduzido quanto à incontinência pública, a conduta escandalosa, para que produza efeitos disciplinares, deve ser praticada no âmbito da repartição. As condutas praticadas fora daquele ambiente só serão alcançadas pela norma se estiverem relacionadas ao exercício das atribuições do servidor.

Ressalte-se que a infração disciplinar em questão se consuma no momento em que o servidor pratica o ato classificável como incontinência pública ou conduta escandalosa, sendo que, a rigor, não se exige a reiteração de atos para a configuração da falta funcional.

Por fim, forçoso observar a cautela com que a comissão deverá analisar as condutas previstas neste dispositivo, porquanto ensejam a penalidade máxima aplicável e, nesse contexto, devem ter a gravidade robustamente comprovada.

10.5.3.6. Art. 132, inciso VI (insubordinação grave em serviço)

O inciso visa preservar a relação hierárquica da organização administrativa. Insubordinação é sinônimo de rebeldia, de indisciplina. Juridicamente, o termo "insubordinação" é utilizado para qualificar o comporta-

217 ALVES, 2008, p. 130

mento do servidor que desrespeite uma ordem direta e pessoal, não manifestamente ilegal, de seu superior hierárquico. Já a indisciplina é caracterizada pela inobservância de uma ordem geral.

Convém anotar que a ordem será manifestamente ilegal quando a ilegalidade for evidente, perceptível para as pessoas de um modo geral. Neste caso, o não cumprimento da ordem não implicará em falta funcional.

De qualquer modo, para que a insubordinação caracterize infração punível com demissão, deve ser grave. Caso contrário, o enquadramento deve ser feito do artigo 116, IV da Lei nº 8.112/90 – *cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais* –, destinado a situações de menor repercussão. A gravidade da insubordinação é medida pelas consequências do ato, seja para o caso específico a que a ordem desobedecida se destinava, seja para o ambiente de trabalho. Via de regra, a insubordinação será grave quando comprometer seriamente o poder de direção do superior hierárquico perante os demais servidores.

Por fim, resta assinalar que, para a caracterização do ilícito funcional em tela, é necessário que o ato de insubordinação seja praticado em serviço, o que significa que as condutas realizadas em âmbito privado, desde que não relacionados às atribuições do servidor, ainda que contra o seu superior hierárquico, não são alcançadas pela norma.

10.5.3.7. Art. 132, inciso VII (ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem)

Apenas em situações excepcionais, bem delineadas pelo legislador, é que o uso da força física se justifica. E, ainda assim, desde que observados critérios específicos. Nesse sentido é que a norma em análise afasta expressamente o caráter infracional da conduta do servidor que utilize de força física em sua defesa ou na defesa de terceiros. Entende-se por "terceiros" qualquer pessoa que esteja sofrendo agressão injusta, aí abrangidos os colegas de trabalho, superiores hierárquicos, subordinados e particulares. Tal defesa, entretanto, deve ser exercida dentro dos parâmetros estabelecidos pela norma penal (art. 23, II, Código Penal), isto é, de forma moderada, por meio da utilização dos meios necessários para repelir uma injusta agressão.

Daí se extrai que o excesso cometido pelo servidor desvirtua a legítima defesa e faz incidir a falta funcional. O excesso se caracteriza pela utilização imoderada dos meios utilizados para a defesa, ou quando esses meios são desproporcionais à agressão sofrida. É o caso do servidor que após dominar completamente o agressor continua a agredi-lo.

O fato de o servidor ter sido previamente provocado ou ofendido verbalmente não autoriza o uso da força física. Se o fizer, o servidor não estará agindo em legítima defesa e, desse modo, estará incorrendo em falta funcional. Recomenda-se, nesses casos, dependendo da gravidade da ofensa verbal ou da provocação previamente lançadas contra o servidor, que este seja enquadrado em inciso de menor gravidade. Sobre a descaracterização da legítima defesa na hipótese do uso de agressão física para repelir agressão verbal, veja-se o acórdão abaixo transcrito, cujo entendimento pode ser transposto para o processo disciplinar:

> *1. Merece confirmação a condenação pela prática do crime de lesões corporais (art. 129, caput, do C.P.), se, além de presentes os pressupostos caracterizadores do tipo penal, não houve comprovação da alegada legítima defesa, incabível, por sinal, na hipótese de agressão física oriunda de eventual ofensa verbal à honra do agente.*
>
> *(TJPR - Apelação Crime: ACR 715935 PR Apelação Crime – 0071593-5)*

Entende-se, por fim, que não incorre em infração disciplinar o servidor que pratica ofensa física, em serviço, para defender o patrimônio público da agressão de terceiros. É a legítima defesa do patrimônio, de reconhecida aplicação no âmbito do direito penal, e perfeitamente verificável no plano disciplinar, tendo em

vista, inclusive, o dever legal atribuído aos servidores de zelar pela conservação do patrimônio público (art. 116, VII, da Lei nº 8.112/90).

10.5.3.8. Art. 132, inciso VIII (Aplicação irregular de dinheiros públicos)

O dispositivo visa garantir que os dinheiros públicos recebam o destino estabelecido em lei e, a rigor, é de aplicação restrita aos servidores que detenham poder para gerir recursos públicos, a exemplo dos ordenadores de despesas, assim entendidos os agentes de cujos atos resultem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pelos quais responda.[218]

Ao contrário do que possa parecer, a finalidade da norma não é a proteção do dinheiro público, mas da lei que estabelece sua destinação.

Vale ressaltar que para a consumação do ilícito funcional em tela pouco importa o destino que se tenha dado ao recurso irregularmente aplicado. Assim, restará caracterizada a infração disciplinar sob exame, ainda que aplicação da verba pública tenha sido desviada para outra finalidade pública.

No âmbito do dispositivo em comento, a aplicação será "irregular" sempre que inobservar as normas legais que cuidam da destinação dos recursos públicos, em especial aquelas relacionadas ao orçamento público. Destaca-se, por fim, que o emprego irregular de verbas públicas é conduta condenada também pelo Direito Penal, onde é tratada como crime, consoante os termos do artigo 315 do Código Penal Brasileiro:

> *Emprego irregular de verbas ou rendas públicas*
>
> *Art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei:*
>
> *Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.*

Considerando-se a potencial gravidade decorrente da aplicação irregular de recursos públicos, a comissão deverá analisar a extensão do prejuízo oriundo da prática ilícita – não necessariamente financeiro – e, a depender do caso concreto, analisar a viabilidade do enquadramento concorrente da conduta em improbidade administrativa, à luz da Lei nº 8.429/92.

10.5.3.9. Art. 132, inciso IX (revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo)

É sabido que no exercício de suas atribuições os servidores lidam com informações de caráter sigiloso. Atento a essa realidade, o legislador editou o dispositivo ora em exame, visando coibir a revelação de segredo obtido pelo servidor em razão do exercício da função pública.

Revelar é ação de quem declara, divulga. No caso do dispositivo em questão, tal divulgação refere-se a um segredo da Administração Pública. Sob a ótica de José Armando da Costa "*o segredo aqui tutelado é o que se refere à segurança da sociedade e do Estado, assuntos estes que estão fora do alcance do cidadão, embora, em princípio, lhe seja assegurado o mais amplo direito de acesso aos documentos públicos*".[219]

Doutrinariamente entende-se que o caráter "sigiloso" da informação não está relacionado apenas à segurança da sociedade e do Estado, mas também à preservação da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas[220]. Assim, as informações que detenham tais características são classificadas como "sigilosas" e sua revelação pelo servidor público implica na falta funcional em voga.

Nota-se, portanto, que a norma em comento não incide sobre as hipóteses em que o servidor divulga assuntos oficiais da Administração, que não contenham o caráter de segredo (sigilo). Nesses casos,

218 Conforme prevê o § 1.º, do art. 80, do Decreto-Lei nº 200/67.

219 COSTA, 2009, p. 528.

220 Consoante artigo 23, parágrafo primeiro, da Lei nº 8.159/91.

poderá haver quebra de dever funcional, com a consequente incidência do inciso VIII, do artigo 116, da Lei nº 8.112/90 – dever de guardar sigilo sobre assunto da repartição.

Desse modo, tem-se que o enquadramento num ou noutro dispositivo depende do caráter da informação divulgada. Se não sigilosa, representa quebra de dever funcional, punível com advertência. Se sigilosa, importará em ofensa à norma sob análise.

Visando estabelecer diferenciação entre as condutas previstas nos arts. 116, VIII e 132, IX, pode-se utilizar o pressuposto do destinatário da informação revelada. Isto é, caso a informação sigilosa tenha sido divulgada a terceiros estranhos ao serviço público, infere-se maior gravidade do ilícito cometido, razão pela qual ensejaria a capitulação no art. 132, IX. De outro lado, caso o servidor tenha revelado informação sigilosa a outro servidor, presume-se somente a violação ao dever funcional previsto no art. 116, VIII, vez que o agente público receptor dos dados submete-se ao mesmo dever de resguardar a informação (revelando, em tese, menor gravidade da conduta).

Corroborando tal entendimento, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12527/11) define que, obtido acesso à informação classificada como sigilosa, o servidor tem obrigação de mantê-la em segredo.

> *Art. 25. É dever do Estado controlar o acesso e a divulgação de informações sigilosas produzidas por seus órgãos e entidades, assegurando a sua proteção.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º O acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo.*

Nessa esteira, a referida lei aponta claramente a imputação da responsabilidade ao agente público que divulgar indevidamente informação de caráter sigiloso, conduta esta a ser apurada nos termos da Lei nº 8.112/90, com penalidade mínima de suspensão, a saber:

> *Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:*
>
> *(...)*
>
> *IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;*
>
> *(...)*
>
> *§ 1º Atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no caput serão consideradas:*
>
> *(...)*
>
> *II - para fins do disposto na Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nos 1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.*

A depender da lesividade da conduta praticada pelo servidor, a comissão deverá analisar a possível subsunção ao art. 11, III, da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), e, em caso afirmativo, sugerir o enquadramento disposto no art. 132, IV, da Lei nº 8.112/90.

10.5.3.10. Art. 132, inciso X (lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional)

A finalidade da norma em questão é a proteção do patrimônio público. Abrange duas condutas, quais sejam, "lesão aos cofres públicos" e "dilapidação do patrimônio nacional". A primeira delas está relacionada à perda de dinheiro público – denotando o evidente caráter monetário/financeiro do ilícito – significando que, em regra, o dispositivo é de aplicação restrita àqueles que de alguma forma gerenciem recursos públicos.[221]

Anote-se, todavia, que esta primeira parte da norma também abrange atos associados à apropriação indébita, ao furto e ao desvio do dinheiro público, condutas que, ao menos em tese, podem ser praticadas por servidor que não necessariamente gerencie verbas públicas. Para que a falta funcional se consume, é necessário que haja efetivo dano ao erário.

A conduta de dilapidar o patrimônio nacional, por sua vez, confunde-se com o desperdício, a má conservação e o extravio do patrimônio público permanente[222]. A infração pode ser cometida pelos servidores de um modo geral, não havendo, nesse ponto, a exigência de que o ato seja praticado por servidor que gerencie recursos públicos.

Pode-se afirmar, portanto, que, a rigor, a segunda parte da norma (dilapidação do patrimônio nacional) abrange as ofensas a bens públicos em geral, que não o dinheiro. Sobre as diferenças conceituais entre as condutas de "lesar os cofres públicos" e "dilapidar o patrimônio nacional":

> *Parecer Dasp. Dilapidação do patrimônio nacional e lesão aos cofres públicos*
>
> *Distinção: A lesão aos cofres públicos não se confunde com a dilapidação do patrimônio nacional. Aquela se refere a dinheiro ou valores transacionáveis; esta se relaciona com bens ou utilidades permanentes.*
>
> *Parecer Dasp. Dilapidação do patrimônio nacional - Limite de valor do dano - Descabimento.*
>
> *O item VIII do art. 207, combinado com o art. 209 do Estatuto, ao prever demissão a bem do serviço público dos funcionários que dilapidem o patrimônio nacional, não estabeleceu qualquer limite de valor ao dano causado*[223]*.*

Segundo entende a doutrina, as duas condutas tratadas no dispositivo em apreço são dolosas, é dizer, acaso o servidor pratique ato que ocasione prejuízo financeiro ao erário, por negligência, imprudência ou imperícia, não terá cometido a infração disciplinar em tela. Da mesma forma, eventual ato do servidor que importe em destruição de bem do patrimônio público, não caracterizará a falta funcional sob exame, se o servidor não praticá-lo dolosamente.

Esclareça-se, por fim, que os termos da Instrução Normativa-CGU nº 4/2020, que regulam a utilização do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), são inaplicáveis às condutas enquadradas no dispositivo em tela, já que o rito ali previsto pressupõe a ocorrência de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, assim considerada, via de regra, a conduta punível com advertência ou suspensão de até 30 dias.

Por fim, à semelhança de outras condutas previstas no art. 132, a prática de ato de lesão aos cofres públicos ou dilapidação do patrimônio nacional pode ensejar a configuração de ato de improbidade administrativa, nos termos do que dispõe a Lei nº 8.429/92.

10.5.3.11. Art. 132, inciso XI (corrupção)

O inciso repete norma positivada pelo Código Penal (art. 317 – corrupção passiva), descrevendo genericamente a conduta indesejada. No sentido que aqui se emprega, corromper é ação de quem perverte,

221 A exemplo dos ordenadores de despesas, assim entendidos os agentes de cujos atos resultem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pelos quais responda - Conceito retirado do site http://www.fazenda.gov.br/

222 O patrimônio público permanente é formado por bens de permanência duradoura, destinados ao funcionamento normal do Estado – Ex: prédios públicos.

223 Inciso semelhante ao art. 132, inciso X, da Lei nº 8.112/90.

deprava, a si próprio ou a outrem. Sob o ponto de vista disciplinar, o termo designa a conduta do servidor que se vale das prerrogativas inerentes à função pública para obter vantagens próprias ou de terceiros.

Aqui é importante mencionar que para caracterização do ilícito funcional em tela é necessário que o servidor atue de forma ilegal ou indevida. Deste modo, acaso o servidor tenha recebido vantagem indevida para a prática de ato regular, o ilícito funcional será o do art. 117, XII.[224]

Ante a generalidade da norma, considera-se que o dispositivo abarca não só o comportamento do servidor corrompido, mas também o daquele servidor que no exercício de suas atribuições tenta corromper outros servidores.

A deflagração de apuração administrativa por ato de corrupção de servidor independe do prévio ajuizamento de ação penal pública, e suas conclusões, a rigor, não estão condicionadas ao julgamento proferido em âmbito penal. Da mesma forma, a inexistência de apuração em âmbito penal não impede a condenação na seara administrativa. Nesse sentido:

> *Formulação Dasp nº 71. Corrupção passiva.*
>
> *A administração pode demitir funcionário por corrupção passiva com base, apenas, no inquérito administrativo.*

Todavia, haja vista se tratar de espécie de crime contra a Administração Pública, vale ressaltar a precaução abordada no item 10.5.3.1. Isto é, em havendo a possibilidade de enquadramento em dispositivo diverso ou diante da cumulatividade de capitulações, a comissão não deverá incluir a corrupção na indiciação e no Relatório Final, de modo a evitar uma possível dependência da esfera penal, desnecessária ante a existência de outras possibilidades.

10.5.3.12. Art. 132, inciso XII (acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas)

O dispositivo busca dar efetividade às disposições constitucionais relativas à acumulação de cargos, empregos ou funções públicas. A regra é a impossibilidade de acumulação de cargos públicos.[225] Segundo prescrevem os incisos XVI e XVII, e o § 10, do art. 37, da Constituição Federal:

> *Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes daUnião, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios delegalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade eeficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI.*
>
> *a) a de dois cargos de professor;*
>
> *b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;*
>
> *c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.*
>
> *XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público(...)*
>
> *§ 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.*

224 Receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições.

225 O art. 37, §10, da Constituição Federal, estende a vedação de acumulação aos proventos de aposentadoria, que somente poderão ser cumulados com a remuneração de outro cargo, se dentro das hipóteses lícitas de acumulação. Frise-se, por fim, que eventual penalidade somente poderia ser aplicada pelo órgão onde o servidor cometeu a irregularidade ainda na atividade, não havendo que se falar em imposição de penalidade a aposentado pelo cometimento de ilícito disciplinar já durante a inatividade.

Portanto, no âmbito da Administração Pública, a regra é a impossibilidade de acumulação de cargos e tal proibição se aplica aos servidores de todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

A acumulação remunerada de cargos públicos é excepcional, portanto, nas hipóteses expressamente admitidas pela Constituição, e se aplica a empregos e funções nas entidades integrantes da Administração Pública mencionadas no inciso XVII, da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios.

Em termos legais, a Lei nº 8.112/90 condiciona a acumulação remunerada de cargos, empregos e funções à compatibilidade de horários (art. 118, § 2º).

Nesse sentido, importa destacar que a Advocacia-Geral da União - AGU, por meio do Parecer Vinculante nº AM – 04, publicado na seção 1 do Diário Oficial da União de 9 de abril de 2019 - que adotou o Parecer-Plenário nº 01/2017 do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos, da Consultoria-Geral da União -, promoveu a revisão do Parecer GQ-145[226], de 1998, adotando novo entendimento que deverá ser seguido por todos os órgãos e entidades da Administração Federal (cf. art. 40, § 1º, da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União - Lei Complementar nº 73/1993) quando da admissão ou inadmissão de acumulação de cargos públicos, no sentido de que é inválida a regulamentação administrativa que impõe limitação de carga horária semanal como óbice à acumulação de cargos públicos prevista na Constituição. Na oportunidade, a AGU superou o entendimento constante do Parecer GQ-145/1998, *baseado na premissa de que seria faticamente impossível trabalhar de forma adequada por 80 horas haja vista as necessidades biológicas do corpo humano*, estabelecendo importante Orientação Normativa acerca da excepcional acumulação de cargos ou empregos públicos, elaborada a partir de diversas solicitações de revisão do Parecer GQ-145, dos normativos relacionados à matéria, das lições da doutrina especializada e, especialmente, da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

> *Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 005/2017, de 29 de março de 2017.*
>
> *A compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.*
>
> *Referências: Art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição de 1988; Art. 118 da Lei 8.112/90; Acórdão nº 1.338/2009 - Plenário/TCU; Acórdão nº 1.168/2012 -Plenário/TCU; RE 351.905 - 2ª Turma/STF; RE 633.298 AgR - 2ª Turma/STF*
>
> *Na ementa do Parecer aprovado foi consolidado, outrossim, o brocado do tempus regit actum, de maneira que ao novo entendimento devem ser conferidos efeitos prospectivos, a bem da segurança jurídica, de forma que sejam resguardados os atos administrativos consolidados sob a vigência do entendimento superado:*
>
> *EMENTA: ADMINISTRATIVO. LEGISLAÇÃO DE PESSOAL. ACUMULAÇÃO DECARGOS PÚBLICOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ART. 37, INCS. XVI E XVII, DACONSTITUIÇÃO DE 1988.*
>
> *1. Segundo entendimento adotado pelo STF e pelo TCU, a aferição da compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve se basear na análise da situação fática a que se submete o servidor público, sendo insuficiente o cotejo do somatório de horas resultante da acumulação de cargos ou empregos públicos com padrão estabelecido em ato infralegal. Revisão do Parecer GQ-145.*

226 Parecer-AGU nº GQ-145: 24. Tinha-se como ilícita a acumulação de cargos ou empregos em razão da qual o servidor ficaria submetido a dois regimes de quarenta horas semanais, considerados isoladamente, pois não haveria possibilidade fática de harmonização dos horários, de maneira a permitir condições normais de trabalho e de vida do servidor. Entendimento da AGU superado por meio do Parecer Vinculante nº AM – 04, publicado na seção 1 do Diário Oficial da União de 9 de abril de 2019

2. É admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

3. Em respeito aos postulados do ato jurídico perfeito e do tempus regit actum, devem ser concedidos efeitos prospectivos à superação do entendimento constante do Parecer GQ-145, passando a Administração Pública Federal a adotar a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, após a publicação do despacho de aprovação do presente parecer pelo Exmo. Sr. Presidente da República, mantendo-se inalteradas as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação anterior, estejam ou não as decisões respectivas submetidas à reapreciação judicial, e vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor.

Dessa forma, além do encaixe do caso concreto do servidor às hipóteses de acumulação excepcionalmente permitidas pela Constituição, doravante são requisitos para a acumulação remunerada de cargos públicos a comprovação e o atesto da compatibilidade de horários pelas respectivas autoridades competentes nos órgãos e entidades públicos envolvidos, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos. Referida autoridade deverá se basear na análise da situação fática a que se submete o servidor público, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais, desde que cumpridas as demais condições estabelecidas pela AGU no Parecer Vinculante nº AM – 04.

Um dos pontos que deve constar da decisão de autorização da acumulação de cargos públicos segundo o mencionado parecer é a ***conclusão quanto à viabilidade do deslocamento entre as sedes de ambas as unidades administrativa a que vinculado o servidor interessado. A compatibilidade de horários somente poderá ser reconhecida nos casos em que seja possível o deslocamento regular do servidor público a tempo de cumprir com exatidão todas as suas obrigações funcionais, aplicando-se ao mesmo idêntico controle de horário e de desempenho que aplicável aos demais servidores. (...)*** Nesse sentido, prossegue a orientação

(...) Admitida a acumulação e iniciado o exercício pelo servidor, competirá à Administração Pública avaliar periodicamente se, concretamente, a carga horária a que se encontra submetido compromete ou não o regular exercício de suas atribuições funcionais, decidindo sobre a possibilidade de manutenção da acumulação de ambos os vínculos com o serviço público.(...)

Ademais, foi aprovado no Parecer Vinculante nº AM – 04, na mesma linha do posicionamento adotado pela CONJUR/MP no Parecer nº 0961-2.3/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, o entendimento de que "para o servidor público autorizado, nos termos da legislação vigente, a cumprir carga horária reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, deve ser levada em consideração, para a finalidade da limitação da jornada de trabalho total dos cargos acumulados em 60 (sessenta) horas, a carga horária efetivamente exigida do servidor", e não a jornada abstrata prevista para o cargo. Segue trecho do parecer tratando da questão.

(...) Trata-se, conforme visto, de controvérsia apontada pela CONJUR/MS, tendo em vista as hipóteses de servidores regularmente autorizados a realizar jornada de trabalho reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, sem redução da remuneração, a exemplo do que autoriza o Decreto nº 1.590/95. A problemática encontra-se devidamente equacionada no já mencionado Parecer nº 0961-2.3/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, no qual concluiu a CONJUR/MP, com base em leitura precisa do Parecer GQ-145, pela prevalência, para a finalidade destacada, da carga horária efetivamente exigida do servidor. Esse o teor do opinativo:

5. No que concerne inicialmente ao primeiro questionamento, é preciso compreender a situação. Uma eventual diferença entre a Carga Horária do Cargo e a Jornada efetivamente cumprida pode

decorrer de três situações, sendo a resposta distinta a depender de qual está presente no caso. São elas:

a) Existência de Ato Administrativo regular, fundamentado em Normativo específico que permite a modificação da jornada do cargo para uma jornada distinta excepcional (caso, por exemplo, do artigo 3º do Decreto nº 1590/95);

b) Mera Tolerância da chefia imediata (Art. 7º do Decreto nº 1590/95);

c) Descumprimento irregular, pelo servidor, da jornada de trabalho.

6. No primeiro caso, respondendo inclusive o questionamento da alínea "d" supra, ***a jornada a ser considerada é a resultante da mudança empreendida e não a jornada original do "cargo". No momento em que a Legislação abarca e legitima a exceção, em especial em sendo o mesmo decreto que prevê a carga horária básica de 40 horas, esta passa a ser autônoma em relação à regra principal. Em outras palavras, o cargo/função/emprego específico daquele agente público sob regime excepcional passa a ser de 30 horas, sendo essa a carga horária a ser considerada.***

No que toca à aplicação da nova interpretação da AGU, assinalou-se que foram concedidos efeitos prospectivos ou não retroativos à superação (*overruling*) das razões de decidir (*ratio decidendi*) sufragadas no Parecer GQ-145, orientando-se a Administração Pública Federal a adotar a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, após a publicação do despacho de aprovação do referido parecer pelo Presidente da República, ocorrida em 09/04/2019 (DOU – Seção 1), estando vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor. Ainda segundo a AGU, devem ser preservadas as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação anterior (Parecer GQ-145), estejam ou não as decisões respectivas submetidas à reapreciação judicial.

Quanto aos cargos acumuláveis, ainda é importante observar que:

a) é ilegal a acumulação do cargo de professor em regime de dedicação exclusiva com qualquer outro cargo, uma vez que o caput do artigo 12[227] da Lei nº 4.345, de 26 de junho de 1964 proíbe o servidor que esteja submetido a tal regime de exercer outra atividade;

b) cargo técnico é aquele para cujo exercício sejam exigidos conhecimentos técnicos específicos e habilitação legal, não necessariamente de nível superior.[228]. Diz-se "científico" o cargo cujas atribuições se desempenham na área de pesquisa.

c) incluem-se entre os cargos e empregos privativos de profissionais da saúde, além de médicos, psicólogos, dentistas, enfermeiros, farmacêuticos e outros[229], os cargos de nível médio, a exemplo do técnico em enfermagem. Segundo entende José Armando da Costa, *podem, igualmente, ser acumulados dois cargos de médico-veterinário, o que não era permitido antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 34/2001*[230]; e

d) a acumulação, em todos os casos em que é permitida, deve observar a compatibilidade de horários (conforme estabelecido pela AGU no Parecer Vinculante nº AM – 04, acima) e o limite máximo de dois cargos (não se admite a acumulação de três cargos), sob pena de ser considerada ilegal.

No que tange aos cargos em comissão, admite-se sua acumulação com um cargo efetivo, desde que haja compatibilidade de horários e local de trabalho. É o que determina o artigo 120 da Lei nº 8.112/90. Assim, caso o servidor acumule licitamente dois cargos efetivos e seja investido em cargo em comissão,

227 Art. 12. Considera-se regime de tempo integral o exercício da atividade funcional sob dedicação exclusiva, ficando o funcionário proibido de exercer cumulativamente outro cargo, função ou atividade particular de caráter empregatício profissional ou pública de qualquer natureza.

228 STJ, 5ª Turma, RMS 20.033/RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 12.03.2007.

229 COSTA, 2009, p. 468.

230 Idem, p. 468.

deverá, no caso de compatibilidade de horários e de lugar, optar por um deles, ficando afastado do outro. Não havendo compatibilidade de horários e local, o servidor deverá se afastar de ambos os cargos efetivos, já que optou por exercer o cargo em comissão. Neste caso, o Estatuto Funcional determina que a compatibilidade de horários e locais deve ser declarada pelas autoridades máximas dos órgãos e entidades envolvidos. Ressalta-se, ainda, que os cargos em comissão não são acumuláveis entre si, salvo nos casos de interinidade, consoante previsto no artigo 9º, da Lei nº 8.112/90.

A acumulação ilegal de cargos é apurada por meio do rito sumário. Conforme dispõe o artigo 133, da Lei nº 8.112/90, antes da instauração do processo administrativo disciplinar, o servidor é notificado para optar, no prazo improrrogável de 10 dias, por um dos cargos acumulados. Caso não haja manifestação no prazo estipulado, o apuratório deve ser iniciado.

O fato de o servidor estar em licença sem remuneração de um dos cargos acumulados ilegalmente não impede a configuração da infração funcional em tela. Nesse sentido, seguem entendimentos do TCU e do STF, respectivamente:

> *TCU, Enunciado da Súmula nº 246:*
>
> *O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal, pois que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias.*
>
> *Ementa: (...) a vedação constitucional da acumulação de cargos é direcionada à titularidade de cargos, funções ou empregos públicos e não ao simples fato de o servidor não perceber remuneração ou vantagem do aludido cargo. O fato de os autores estarem em gozo de licença sem vencimentos não descaracteriza a acumulação ilegal de cargos (...). Esta Corte firmou entendimento no sentido de que 'É a posse que marca o início dos direitos e deveres funcionais, como, também, gera as restrições, impedimentos e incompatibilidades para o desempenho de outros cargos, funções ou mandatos'. (...) a renúncia à remuneração por uma das fontes, mesmo se possível, não teria o condão de afastar a proibição.*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE nº 399.475/DF. Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 26/8/2005, publicado em 14/9/2005)*

Anote-se, por fim, que a pena aplicável para o ilícito funcional em questão (demissão), atinge todos os cargos relacionados à acumulação indevida. Neste caso, se o servidor em acumulação ilícita de cargos efetivamente prestou os serviços, não há que se falar em devolução da importância recebida, pois configuraria enriquecimento ilícito da Administração. Caso contrário, é dizer, se o servidor recebeu por horas que efetivamente não trabalhou, recomenda-se que o órgão/entidade busque a restituição de tais importâncias.

10.6. ENQUADRAMENTOS PREVISTOS NA LEI Nº 12.527/2011

Como já discorrido no item 9.7., o princípio da publicidade, positivado no caput do art. 37 da Carta Maior[231] traz como regra que os atos praticados pela Administração sejam de conhecimento público e devam estar disponíveis à sociedade.

231 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

Nessa esteira, os artigos 5º, inciso XXXIII[232]; 37, §3º, II[233] e 216, § 2º[234] da Constituição Federal vieram tratar da gestão da documentação governamental e das providências para franquear o acesso da informação ao administrado.

Ademais, o inciso V do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99[235], preconiza que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição. Dessa forma, no impulso da atividade administrativa exercida pelo Estado, a regra é a publicação dos atos realizados pela Administração Pública, sendo, o sigilo, exceção.

Para regulamentar os mencionados dispositivos constitucionais, a Lei nº 12.527/2011, mais conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), incorporou ao arcabouço normativo nacional um relevante e robusto conjunto de regras relativas à publicidade dos atos administrativos e ao processamento dos pedidos de acesso à informação.

Dentro desse conjunto de normas, a Lei dispensou um capítulo próprio para tratar das responsabilidades das pessoas físicas e entidades privadas envolvidas em condutas ilícitas praticadas especificamente no trato, acesso ou fornecimento de informações em poder da Administração, objetivando incentivar os agentes públicos a cumprirem rigorosamente os preceitos, sob pena de sofrerem penalidades administrativas.

Em seu art. 32, a LAI elencou as condutas passíveis de serem configuradas como conduta ilícita, transcritas literalmente pelo Decreto nº 7.724/2012, que a regulamentou, senão vejamos:

> *Art. 32. Constituem condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar:*
>
> *I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa;*
>
> *II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;*
>
> *III - agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação;*
>
> *IV - divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;*
>
> *V - impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem;*
>
> *VI - ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros;* e
>
> *VII - destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.*
>
> *§ 1º Atendido o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, as condutas descritas no caput serão consideradas:*
>
> *I – (...)*

232 XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;(Regulamento)(Vide Lei nº 12.527, de 2011)

233 II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

234 § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.(Vide Lei nº 12.527, de 2011)

235 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
(...)
V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

II - para fins do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos."

À luz do normativo em destaque, que trata especificamente de condutas ilícitas e as equipara às infrações administrativas encartadas na Lei nº 8.112/90, pode-se inferir, por meio de uma interpretação teleológica, que o legislador não teve a intenção de alterar o conteúdo do Estatuto dos Servidores Públicos, mas tão-somente "qualificar" atos infracionais relacionados à informação pública.

Necessário ressaltar que o § 1º, inciso II[236] do mesmo artigo 32 prevê que a penalidade aplicável às infrações previstas nos seus incisos serão, no mínimo, de suspensão, não fazendo previsão expressa de qual conduta seria apenada com suspensão e qual seria apenada com demissão.

Tal contexto acaba abrindo espaço para que todas as condutas previstas sejam apenadas ou com suspensão ou com demissão, a depender do caso concreto, permitindo, assim, que o mesmo enquadramento seja passível de penalizações distintas.

Importante destacar que algumas das condutas previstas na Lei nº 12.527/2011 podem também configurar improbidade administrativa[237] bem como práticas criminosas.

Feitas essas considerações iniciais, passemos à análise dos incisos do art. 32 da Lei nº 12.527/2011:

I - recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta Lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa;

Assim como o chamado crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado ou plurinuclear), o inciso I do artigo 32 descreve várias condutas, ou seja, contém vários verbos como núcleos do ilícito, de forma que basta a prática de um ou outro para que a conduta irregular reste configurada.

Para a caracterização das infrações capituladas nesse inciso, é pressuposto que tenha sido realizado pedido formal de acesso à informação por cidadão, cabendo ao Estado franqueá-la mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão, de acordo com o artigo 5º da Lei nº 12.527/2011[238].

A recusa, o retardamento ou o fornecimento incorreto, incompleto ou impreciso da informação exigem uma conduta dolosa por parte do agente público, conforme se extrai das expressões "deliberadamente" e "intencionalmente", não havendo que se falar em punição por ato culposo, até mesmo porque é direito do cidadão apresentar recurso à resposta concedida pelo órgão ou entidade demandado caso fique insatisfeito com a informação recebida.

Ademais, o impedimento do acesso passível de apuração disciplinar deve ser aquele sem fundamentação ou justificativa legal, uma vez que a previsão de acesso à informação pública concedida pela LAI foi feita sem prejuízo de cláusulas específicas de sigilos legais, de informação pessoal e de informações sigilosas classificadas segundo os critérios da LAI.

Ao contrário, nessas específicas hipóteses de sigilo, a eventual violação ao dever poderá configurar crime contra a Administração Pública, incorrendo o servidor nas condutas previstas no art. 132, I, da Lei nº 8.112/90[239] ou no art. 132, IX[240], do mesmo diploma, quando implicar em revelação de segredo de que se tenha apropriado em razão do cargo.

---

236 Art. 32, § 1º (…) II - para fins do disposto na Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e suas alterações, infrações administrativas, que deverão ser apenadas, no mínimo, com suspensão, segundo os critérios nela estabelecidos.

237 Art. 32, § 2º Pelas condutas descritas no caput, poderá o militar ou agente público responder, também, por improbidade administrativa, conforme o disposto nas Leis nos1.079, de 10 de abril de 1950, e 8.429, de 2 de junho de 1992.

238 Art. 5o É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.

239 Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: I - crime contra a administração pública;

240 Art. 132. (...) IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

Além disso, segundo o artigo 13 do Decreto nº 7.724/2012, poderão não ser atendidos pedidos de acesso à informação a) genéricos; b) desproporcionais ou desarrazoados; ou c) que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade.

Por fim, durante o processo de tomada de decisão ou de edição de ato administrativo, os documentos preparatórios utilizados como seus fundamentos poderão ter acesso negado.

II - utilizar indevidamente, bem como subtrair, destruir, inutilizar, desfigurar, alterar ou ocultar, total ou parcialmente, informação que se encontre sob sua guarda ou a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública;

Da mesma forma que o inciso anterior, trata-se de ilícito plurinuclear, de forma que basta a prática de uma ou outra conduta elencada para que ele reste configurado, não sendo necessária a soma das condutas para a consumação.

Não apenas a informação que esteja sob a guarda do agente público é objeto de proteção do inciso, mas também qualquer informação a que tenha acesso ou conhecimento em razão do exercício das atribuições de cargo, emprego ou função pública.

Aqui é mister presumir que, ainda que a conduta do agente ocorra por falta de zelo que acarrete eventual extravio ou inutilização da informação, o que configuraria infração ao dever do art. 116, incisos I da Lei nº 8.112/90[241], a penalidade aplicável seria, no mínimo a suspensão, em razão do previsto no artigo 32, § 1º, inciso II da Lei nº 12.527/2011.

Necessário apontar também que não se enquadra no tipo administrativo previsto pelo inciso a ocultação para o público externo de informações classificadas ou protegidas por sigilo, por exemplo, informações de natureza disciplinar, fiscal, bancária ou profissional, extraídas de comunicação telefônica, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem, e ainda aquelas de segredo de justiça, amparados pelos artigos 22, 23 e 31.

Por fim, a conduta descrita, além de configurar infração disciplinar, a depender do caso concreto, pode configurar também infração ao disposto no art. 313-A do Código Penal, que dispõe:

> *Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).*

III – agir com dolo ou má-fé na análise das solicitações de acesso à informação;

Trata-se de enquadramento de avaliação subjetiva e, embora haja menção a "solicitações de acesso", é desnecessária a prática habitual da conduta, podendo sua caracterização se dar com um único ato e em qualquer momento do procedimento que exija a análise da solicitação, independentemente do instrumento formal utilizado (nota técnica, parecer, informação, despacho, etc.).

Para a caracterização da infração capitulada no inciso, é pressuposto que tenha sido realizado pedido formal de acesso à informação por cidadão.

O dolo ou a má-fé estão associados ao elemento subjetivo da conduta do agente, consistindo no comportamento deliberado de agir, com pleno conhecimento, em desacordo com a legalidade, seja por ação ou omissão, não se vislumbrando diferença real entre as duas expressões no presente inciso.

Ademais, o ilícito do presente inciso se foca na análise da solicitação de acesso à informação, enquanto o inciso I se restringe ao fornecimento da própria informação em si.

241 Art. 116. São deveres do servidor: I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;

IV – divulgar ou permitir a divulgação ou acessar ou permitir acesso indevido à informação sigilosa ou informação pessoal;

O acesso indevido ou imotivado é aquele realizado à margem do interesse do serviço, ou seja, que não têm motivação legal, feito por razão particular.

A configuração do ilícito se restringe aos casos de informação sigilosa ou informação pessoal, não dizendo respeito aos demais atos administrativos, cuja natureza é essencialmente pública, nos termos da Lei 12.527/2011.

Informação sigilosa é aquela submetida a restrição de acesso público, seja por meio dos sigilos legais já previstos, ou por meio de classificação por autoridade competente, em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado.

Já a informação pessoal é aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável. Nesse contexto, o artigo 31 da LAI impôs deveres de salvaguarda à Administração apenas quando as informações pessoais digam respeito aos direitos da personalidade com previsão constitucional no artigo 5º, inciso X: intimidade, vida privada, honra e imagem.

Lembrando que a eventual violação ao dever de sigilo poderá configurar também enquadramento na conduta prevista no art. 132, IX da Lei nº 8.112/90[242], cuja a penalidade prevista é a de demissão.

V - impor sigilo à informação para obter proveito pessoal ou de terceiro, ou para fins de ocultação de ato ilegal cometido por si ou por outrem;

Esse inciso reforça a regra da publicidade que hoje é consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro, visto que informações em poder dos órgãos e entidades públicas só podem ser classificadas, recebendo variados graus de sigilo, a depender do caso concreto, quando consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado.

Assim que, ainda mais grave do que a conduta de impor sigilo a informações quando a regra é a publicidade, é o fato de fazê-lo para lograr proveito pessoal ou de terceiro, ou para ocultar algum ato ilegal. Essas condutas além de contrariarem o inciso V, podem configurar proibição contida no inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/90[243], que tem como penalidade cabível a demissão.

Importante esclarecer que para que a conduta do agente seja configurada na proibição contida no inciso IX do art. 117 da Lei nº 8.112/1990 faz-se necessário comprovar que o agente cometeu o ato infracional de forma consciente e intencional, uma vez que é imprescindível a configuração da sobreposição do interesse particular sobre o público.

A infração prevista no art. 117, inciso IX, tem natureza dolosa, isto é, só se configura se o agente age com consciência e vontade de estar se valendo do cargo para benefício próprio ou de terceiro. No caso de o agente praticar ato contrário ao interesse público de forma culposa, pode estar cometendo outra infração, como, por exemplo, o descumprimento do dever de observar as normas legais e regulamentares, previsto no art. 116, inciso III, da Lei nº 8.112/90.

Nesse caso, ainda que não seja demonstrado o dolo e a conduta do agente fique configurada em descumprimento de norma, a penalidade aplicável seria, no mínimo a suspensão, em razão do previsto no artigo 32, § 1º, inciso II da Lei nº 12.527/2011.

VI - ocultar da revisão de autoridade superior competente informação sigilosa para beneficiar a si ou a outrem, ou em prejuízo de terceiros; e

Novamente vemos descrição de conduta que pode ser enquadrada em tipos da Lei nº 8.112/90. Nesse caso, além da conduta do agente ser caracterizada em proibição contida no inciso IX do art. 117 da

242 Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: (…) IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

243 Art.117. Ao servidor é proibido: (…) IX- valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

Lei nº 8.112/90, pode também ser configurada como insubordinação grave em serviço, previsto no art. 132, VI, da Lei n. 8.112/90[244], podendo assim dar ensejo à penalidade de demissão.

Conforme já esclarecido, é preciso analisar o caso concreto para definir se as condutas se enquadram nas situações ventiladas, isso porque caso se configurem a penalidade cabível seria a de demissão.

VII - destruir ou subtrair, por qualquer meio, documentos concernentes a possíveis violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado.

A conduta aqui descrita pode ser considerada contida no que dispõe o inciso II, comentado anteriormente. Entretanto, aqui a informação destruída ou subtraída seria concernente especificamente a possíveis violações a direitos humanos por parte de agentes do Estado.

A Lei nº 12.527/2011 demonstrou preocupação especial em proteger a publicidade de informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas, conforme se depreende da leitura do seu art. 21, parágrafo único:

> *Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.*
>
> *Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.*

Essa especificidade destacada pode levar a interpretação de que para o legislador a conduta descrita neste inciso seria mais grave do que aquela contida no inciso II. Assim, infração configurada no inciso VII poderia ensejar penalidade mais gravosa do que infração configurada no inciso II.

244 Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: (...) VI -insubordinação grave em serviço;

11. DEFESA

11.1. CITAÇÃO

Finalizada a fase de indiciação pela comissão disciplinar, proceder-se-á à citação dos indiciados para que apresentem as respectivas defesas escritas.

A citação para a apresentação das defesas escritas é realizada por meio de mandado de citação. Conforme previsto no § 1º do artigo 161 da Lei nº 8.112/90, o mandado de citação é documento expedido pelo presidente da comissão, ou seja, não se requer que os demais componentes da comissão o assinem.

> *Art. 161. (...)*
>
> *§ 1o O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição.*

O mandado de citação deverá ser expedido pelo presidente da comissão. Isso não significa, por outro lado, que compete ao presidente ou aos membros do colegiado a exclusividade da entrega desse documento ao indiciado.

Importante destacar que, conforme a redação do Enunciado nº 10 da CGU (vide item 10.1.2) e a Instrução Normativa n.º 9/2020, a citação poderá ser encaminhada ao indiciado por e-mail ou por aplicativo de mensagem instantânea, devendo ser juntados aos autos tal comunicação e a comprovação de leitura.

Apesar de ser recomendável que a citação seja realizada pessoalmente pela comissão ou por seus membros, individualmente ou não, ainda que a pessoa responsável pela entrega ou pelo encaminhamento do mandado não integre a comissão processante, e desde que não haja violação de sigilo e prejuízo para o interessado, não há óbice que outro servidor/funcionário da repartição fique encarregado da tarefa.

> *(...) se feita a citação, pessoalmente, mesmo por servidor não integrante da comissão, desse ato não haverá nulidade, porque dele não resultará prejuízo e não influenciará na apuração da verdade substancial, não representando, ademais, dificuldade à defesa.*
>
> *A garantia individual conferida por lei consiste na citação pessoal, o que não interfere com a pessoa que entrega o mandato. Assim é que muito se utiliza o serviço do secretário, mesmo quando ele não é membro integrante da Comissão, para efetuar a citação (...).*[245]

Conforme foi tratado no item 10.1.3 deste Manual, pode ocorrer de o indiciado estar lotado em unidade diferente da que se encontra instalada a comissão, seja em outra repartição ou em outro prédio dentro da mesma localidade. Pode ocorrer ainda o caso de o servidor encontrar-se em uma cidade diferente daquela em que estiver instalada a comissão.

Nesses casos, não sendo possível o envio por correio eletrônico ou por meio de aplicativo de mensagem instantânea, poderá ser feita a denominada citação por precatória, em analogia ao que ocorre no processo penal, descrito no art. 353 do Código de Processo Penal: quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, será citado mediante precatória.

O presidente do colegiado poderá, por exemplo, encaminhar as duas vias da citação e cópia do Termo de Indiciação para o chefe da unidade para que aquela autoridade ou outro servidor designado no local onde se encontra o acusado, cite o servidor e devolva à comissão o documento devidamente datado e assinado. O servidor designado para tal função deverá ser nomeado pelo presidente da comissão ou pela autoridade instauradora do processo. Recomenda-se, ainda, que a comissão delibere em ata a realização desse procedimento.

245 GUIMARÃES, 2006, p. 162.

Caso o servidor a ser citado esteja em local sabido no exterior, recomenda-se que a comissão, via autoridade instauradora, encaminhe um ofício à autoridade consular solicitando a prática do ato de citação, pois a jurisprudência entende que o instituto da carta rogatória somente se aplica ao processo judicial (competência exclusiva do Poder Judiciário), e não a atos de natureza extrajudicial.

É importante destacar a necessidade de se elaborar ata de reunião da comissão deliberando pela realização da citação, podendo, inclusive, ser aproveitada a mesma ata que decidiu pela indiciação dos acusados. Caso o responsável pela entrega do mandado de citação ao interessado não seja membro da comissão, recomenda-se que a comissão registre em Ata, o nome/matrícula do servidor/funcionário que cumprirá o encargo.

De acordo com o ordenamento pátrio, existem dois tipos de citação no processo administrativo disciplinar. A primeira é a real e a segunda a ficta. Na citação real há a entrega da citação ao indiciado ou ao seu procurador (salvo quando a procuração, expressamente, excluir esta possibilidade). Já a citação ficta foi concebida para suprir a ausência da possibilidade de se entregar a citação ao indiciado ou ao seu procurador, restando presumida a sua ciência.

Os artigos 26 e 41 da Lei nº 9.784/99, impõem a comunicação apenas ao interessado (no caso, o indiciado), de modo que basta que se entregue a citação ao próprio indiciado, como seu destinatário principal ou ao seu procurador, salvo quando a procuração, expressamente, excluir esta possibilidade. Assim, torna-se dispensável que a comissão busque entregar o mandado de citação ao procurador, por exemplo, depois de regularmente entregue ao indiciado.

O mandado de citação a ser entregue de forma presencial deverá ser elaborado em duas vias e ter campo próprio para que o indiciado o assine, comprovando assim o seu recebimento. A primeira via será entregue ao indiciado e a segunda ficará de posse da comissão. É de suma importância que a via da comissão processante seja anexada aos autos para servir de comprovante da entrega do mandado. O referido mandado terá de conter, ainda, a designação do prazo para apresentação da defesa, bem como a indicação do local de entrega ou meio alternativo de remessa, se for o caso.

Deverão acompanhar o mandado de citação, como anexos, a cópia do termo de indiciação e a cópia da parte do processo que os indiciados ainda não tenham solicitado ou recebido, preferencialmente em meio digital.

Importante destacar que o fornecimento de cópia integral/complementar do processo junto à citação supre a prerrogativa prevista no Estatuto da OAB de que o advogado do acusado pode retirar o processo administrativo da repartição.

Em caso de insistência, a comissão poderá justificar a negativa de retirada do processo no art. 7º, § 1º, do mesmo Estatuto (circunstância relevante ou existência de documento original de difícil restauração) ou no § 1º do art. 161 da Lei nº 8.112/90, que lhe assegura vista dos autos apenas na repartição.

> *Lei nº 8.906/94 – Estatuto da OAB*
>
> *Art. 7º São direitos do advogado:*
>
> *(...)*
>
> *XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;*
>
> *(...)*
>
> *§ 1º Não se aplica ao disposto nos incisos XV e XVI:*
>
> *(...)*
>
> *2) quando existirem nos autos documentos originais de difícil restauração ou ocorrer circunstância relevante que justifique a permanência dos autos no cartório, secretaria ou repartição, reconhecida*

pela autoridade em despacho motivado, proferido de ofício, mediante representação ou a requerimento da parte interessada;

Caso haja mais de um indiciado, a comissão deverá elaborar mandados de citação individuais, ainda que o termo de indiciação seja único.

No caso de recusa do indiciado em receber a citação pessoal, o art. 161, § 4º, da Lei nº 8.112/90, prevê que o membro da comissão que não obteve êxito em conseguir a assinatura do indiciado no mandado poderá suprir a ausência desta, por meio de termo, ou seja, um documento elaborado pelo próprio membro que relata a tentativa de obter o ciente do indiciado, mas que este se recusou a fazê-lo. Para lavrar o referido termo é necessário que o membro da comissão esteja acompanhado de duas testemunhas que, de preferência, não integrem a comissão, as quais presenciaram o fato; neste caso, a recusa do indiciado em receber a citação estará suprida com as assinaturas das duas testemunhas.

Art. 161. (...)

§ 4o No caso de recusa do indiciado em apor o ciente na cópia da citação, o prazo para defesa contar-se-á da data declarada, em termo próprio, pelo membro da comissão que fez a citação, com a assinatura de (2) duas testemunhas.

Recomenda-se que, neste caso, as duas testemunhas não sejam membros da comissão, uma vez que esta, representando a Administração, é parte nesse processo, (...), podendo naquela hipótese ser eventualmente pechada de suspeita. [246]

A citação poderá, ainda, ser encaminhada para o endereço de correio eletrônico ou para o número de telefone móvel pessoal do indiciado, seja funcional ou particular, na forma de mensagem escrita e acompanhada de arquivo de imagem do ato administrativo, nos termos da IN CGU 9/2020.

Necessário que a comunicação e a confirmação de seu recebimento sejam incorporadas aos autos, com a juntada da mensagem de correio eletrônico ou de aplicativo de mensagem instantânea ou, ainda, por termo, no qual conste dia, horário e número de telefone móvel para o qual a comunicação foi enviada, bem como dia e horário em que ocorreu a confirmação do recebimento pelo destinatário, com a imagem do ato administrativo.

A confirmação do recebimento da notificação poderá ocorrer mediante a) resposta do acusado, b) notificação de confirmação automática de leitura, c) sinal gráfico característico do aplicativo de mensagem instantânea que demonstre a leitura por parte do destinatário, d) o atendimento da finalidade pelo interessado (p.ex., ao encaminhar o rol de testemunhas solicitado na notificação prévia).

Não ocorrendo qualquer dessas hipóteses no prazo de 5 dias, o procedimento poderá ser repetido ou realizado pelos meios convencionais de notificação. Ademais, também deverão ser utilizados os meios convencionais de comunicação de atos processuais quando não identificado endereço de correio eletrônico ou número de telefone móvel, funcional ou pessoal.

A Lei nº 8.112/90 não fez menção à citação por via postal, que existe em outros tipos de processo, de modo que não é recomendável que a comissão processante se utilize de tal expediente. Entende-se, inclusive, que este tipo de citação poderá ensejar a nulidade da ação e, portanto, gerar a necessidade de refazimento do ato processual, caso o indiciado não apresente a defesa posteriormente. No entanto, a comunicação postal é admitida, de forma excepcional, para intimações e atos de comunicação em geral no curso da instrução.

A citação ficta, por sua vez, divide-se em três subtipos: por edital, por hora certa e pelo encaminhamento de comunicação para o correio eletrônico ou número de telefone informado ou confirmado pelo acusado.

246 RIGOLIN, 1995, p. 271.

A Lei nº 8.112/90 somente prevê a hipótese de citação por edital (art. 163). Esta hipótese será aplicável quando o indiciado estiver em lugar incerto e não sabido, fazendo-se a publicação do edital no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido do indiciado, para que este apresente a defesa.

> *Art. 163. Achando-se o indiciado em lugar incerto e não sabido, será citado por edital, publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação na localidade do último domicílio conhecido, para apresentar defesa.*
>
> *Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, o prazo para defesa será de 15 (quinze) dias a partir da última publicação do edital.*

Recomenda-se que a decisão de citação por edital seja precedida de acurada busca pelo acusado, tanto em seu endereço profissional, como pessoal. Todas as diligências empreendidas pela comissão na busca pelo acusado devem ser registradas em ata a fim de que seja comprovado o esforço no sentido de localizá-lo.

Além disso, o presidente da comissão poderá comunicar ao chefe imediato do servidor ou ao serviço médico do local onde exerce suas atividades, que o indiciado se encontra em local incerto e não sabido, e solicitar que a comissão seja comunicada em caso de eventual comparecimento do servidor, de modo que possa ser efetivada sua citação.

Da mesma forma, poderá a autoridade instauradora ser comunicada para que não sejam concedidas férias e outros afastamentos ao indiciado não localizado, enquanto perdurar esta situação. Caso a ausência injustificada permaneça por mais de 30 dias consecutivos, deverá ser feito juízo de admissibilidade, pela autoridade competente, quanto à instauração de novo PAD, relativamente ao suposto abandono de cargo.

Caso o servidor tenha domicílio em um município diverso daquele em que exerce seu cargo, o edital de citação deve ser publicado em jornal de grande circulação do local de exercício do cargo pelo servidor, em virtude do disposto no art. 76 do Código Civil acerca do domicílio necessário do servidor público – local em que exerce permanentemente suas funções.

O edital a ser publicado deverá conter o nome do presidente da comissão e do servidor, e o motivo da citação, e após publicado, deverá ser juntado aos autos.

Existe a possibilidade, ainda, de citação por edital coletiva na hipótese de haver mais de um servidor em lugar incerto e não sabido.

No caso de servidor preso e que, portanto, possui paradeiro certo, não se aplica a citação por edital. Nessa hipótese, será citado pessoalmente pela comissão, que deverá se dirigir ao presídio após autorização do Juízo da Vara de Execuções Penais, nos termos do disposto no art. 360 do Código de Processo Penal, aplicável por analogia ao processo disciplinar, segundo o qual "se o réu estiver preso, será pessoalmente citado". Convém que o procurador/advogado do servidor preso também receba uma cópia da citação.

Pode ocorrer, ainda, de o servidor, apesar de encontrar-se em local certo e sabido, se ocultar para não ser citado. Da mesma forma, deve ser precedida acurada busca pelo acusado, tanto em seu endereço profissional, como pessoal, e todas as diligências realizadas deverão ser consignadas em ata da comissão e termos de ocorrência, a fim de que seja comprovado o esforço no sentido de localizá-lo.

A Lei nº 8.112/90 não prevê o procedimento em caso de frustração das tentativas de citação do indiciado que se encontra em local certo e sabido sendo necessário, portanto, o recurso à legislação processual. No Código de Processo Penal, o art. 362 determina a realização da citação com hora certa, nos termos da legislação processual civil (com remissão aos artigos do código ora revogado), quando o oficial de justiça verificar que o réu se oculta para não ser citado.

No Código de Processo Civil, por sua vez, a matéria está disciplinada nos arts. 252 a 254, abaixo transcritos:

Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Parágrafo único. Nos condomínios edilícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere o caput feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.

Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência.

§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias.

§ 2º A citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado.

§ 3º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

§ 4º O oficial de justiça fará constar do mandado a advertência de que será nomeado curador especial se houver revelia.

Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.

Por meio do Parecer AGU nº GM-3, não vinculante, a Advocacia-Geral da União já se manifestou favoravelmente pelo emprego da citação por hora certa previsto nas leis processuais penal e civil.

Parecer AGU nº GM-3, não vinculante

Ementa: O Direito Disciplinar rege-se por normas específicas e independentes do Direito Penal, inexistindo viabilidade jurídica de serem aproveitadas normas criminais, por via analógica, a fim de nulificar processo disciplinar por haver-se efetuado a citação por hora certa com vistas à apresentação de defesa. (...)

6. A maneira como se efetua o chamamento para o indiciado apresentar sua defesa encontra-se prescrita na Lei nº 8.112, art. 161, § 1º: "será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão". O sentido literal desse comando, por si só, é suficiente para demonstrar a validade do procedimento consistente em o indiciado receber o mandado expedido pelo presidente do colegiado. É norma desprovida da rigidez que representaria a exigência de que se efetuasse a citação, exclusivamente, por edital, em se esquivando o indiciado de recebê-la.

7. ***A execução do ato processual de citação por hora certa atende à literalidade e à finalidade do art. 161, tanto que nessa maneira de atuar não se vislumbra qualquer dano para o exercício do direito de ampla defesa.*** *(grifou-se)*

Qualquer pessoa da família ou um vizinho e agora, por força do novo CPC, funcionário da portaria de condomínios, poderá ser informado de que a comissão retornará no dia imediato, na hora que designar, para proceder ao ato de citação do servidor. Nas hipóteses de não ser encontrado no local, em decorrência de intencionalmente se ocultar, o indiciado será considerado citado na data previamente aprazada. O colegiado deverá elaborar termo registrando os fatos e juntá-lo aos autos do processo disciplinar.

Nesta direção, é oportuno mencionar, ainda, o Enunciado CGU nº 11:

CITAÇÃO POR HORA CERTA NO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. No âmbito do Processo Disciplinar, a citação poderá ser realizada por hora certa, nos termos da legislação processual civil, quando

o indiciado encontrar-se em local certo e sabido, e houver suspeita de que se oculta para se esquivar do recebimento do respectivo mandato.

Enunciado CGU nº 11, publicado no DOU de 16/11/2015, seção 1, página 42

No caso do encaminhamento da citação via correio eletrônico ou aplicativo de mensagem eletrônica, previu a IN 9/2020 que, uma vez tendo o acusado informado ou confirmado o e-mail ou o número de telefone móvel, a citação enviada, ainda que não confirmado o seu recebimento, é válida. Tal se deve em razão da obrigação do acusado manter atualizados os dados junto à comissão, nos termos do art. 2º, § 2º, da referida norma.

A citação do indiciado produz dois efeitos jurídicos, sendo o primeiro proporcionar àquele a ciência da delimitação dos ilícitos administrativos que a comissão processante entendeu praticados, ou seja, indicar, precisa e comprovadamente, os fatos contrários ao ordenamento disciplinar que decorreram da sua conduta.

O segundo efeito jurídico é iniciar o prazo para apresentação da defesa. O prazo será contado levando-se em consideração o número de indiciados. Caso haja apenas um indiciado, o prazo para apresentar a defesa escrita será de 10 dias (art. 161, § 1º), estando o servidor solto ou preso. Caso haja mais de um indiciado, o prazo será comum e de 20 dias (art. 161, § 2º). Neste último caso, o prazo se iniciará após a citação do último indiciado, caso todos os indiciados não tenham sido citados no mesmo dia.

Quando começa a contagem do prazo, quando são dois ou mais indiciados? Da data do recolhimento do último mandado de citação, pois só então os indiciados, todos eles, estarão cientes da informação em sua inteireza, e o prazo, na forma da lei, é comum a todos. [247]

Na hipótese de o servidor se recusar a assinar a citação (item 11.1), os prazos mencionados acima passam a ser contados da data do incidente consignado no termo, conforme dispõe o § 4º do art. 161 da Lei nº 8.112/90.

O art. 163 da Lei nº 8.112/90 prevê, ainda, o prazo de 15 dias para apresentação da defesa no caso de citação por edital. O prazo, nesta hipótese, será contado da última publicação do edital, seja no jornal de grande circulação ou no DOU, caso não tenham sido publicadas no mesmo dia.

Por prudência, caso o servidor se apresente em virtude do edital, cabe à comissão elaborar termo, em duas vias (devendo uma delas ser anexada ao processo e outra entregue ao indiciado), relatando sobre o seu comparecimento à repartição e que tomou ciência do prazo para apresentar a defesa. Nesse caso, o colegiado poderá conceder o prazo de 15 dias a partir somente da data do termo, e não desde a publicação do último edital.

Após a realização da citação, mesmo com a fase da instrução processual encerrada, é possível que a defesa necessite realizar a produção de prova por meio de diligência (Art. 161, § 3º. O prazo de defesa poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis). Naturalmente, o pedido da defesa deverá ser objeto de deliberação por parte da comissão, que poderá decidir pelo seu indeferimento com esteio no art. 156, § 1º, caso a requisição se mostre desnecessária ou meramente protelatória, ou solicitar justificativas sobre a pertinência da produção da prova solicitada.

(...)Voto: (...) Desse modo, o oferecimento de rol de testemunhas deve se dar na fase instrutória, e não na defesa prévia ao relatório final da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar. Saliente-se, outrossim, que ainda que se quisesse aplicar à espécie o disposto no § 3º do artigo 161 da Lei nº 8.112/90 ("o prazo de defesa poderá ser prorrogado pelo dobro, para diligências reputadas indispensáveis"), não demonstrou a impetrante se tratar de diligência indispensável, a impossibilitar sua excepcional realização após a instrução.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 8.990/DF - 2003/0048840-6. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 29/5/2008)

247 REIS, 1999, p. 160.

A produção desta prova pode consistir na solicitação de um documento a terceiro, por exemplo, que comprove a tese da defesa. É cabível também que a defesa solicite a produção da prova à própria comissão processante, hipótese em que esta deve reabrir a instrução e proceder da forma solicitada de modo a garantir a ampla defesa do indiciado, desde que a prova se afigure imprescindível para o esclarecimento dos fatos.

No caso da diligência ser realizada pela própria defesa, a lei prevê que o prazo para elaboração da defesa escrita seja dobrado. Por exemplo, se o prazo original for de 10 dias, ficaria prorrogado por mais dez dias; se for de 20 dias, com a prorrogação totalizaria 40 dias. Caso a diligência seja realizada pela própria comissão, é prudente que o prazo para apresentação da defesa seja suspenso até a chegada do documento, de forma a não a prejudicar.

O aumento do prazo para apresentação da defesa, previsto na lei, deverá ser considerado pela comissão disciplinar, tanto para as hipóteses de citação real, como ficta (citação por edital), ou seja, na hipótese de a citação por edital ter sido realizada em processo com mais de um indiciado, por exemplo, recomendável que a comissão conceda a todos o prazo de 20 dias para a defesa, nos termos do art. 161, § 2º, da Lei nº 8.112/90.

A contagem dos prazos no processo disciplinar obedece às regras do art. 238 da Lei nº 8.112/90 c/c art. 66 da Lei n 9.784/99, conforme abordado no item 8.2.1, sendo excluído o dia da entrega da citação e incluído o último dia do prazo. Caso neste último dia não haja expediente, ficará prorrogado para o primeiro dia útil seguinte.

É importante lembrar que não há regra, quanto ao processo administrativo, que postergue o início da contagem, quando esta ocorrer em dia não útil, por exemplo, quando a citação for realizada em uma sexta-feira. Não obstante, no próprio tópico mencionado abordou-se que a regra poderá, em nome da ampla defesa, ser flexibilizada quando se tratar de prazos que correm em desfavor do acusado/indiciado. Assim, no exemplo, não há qualquer problema, em vista do princípio mencionado, em que a comissão considere o começo da contagem somente na segunda-feira.

É possível que o indiciado, após esgotadas as possibilidades legais para prorrogação do prazo para apresentação da defesa escrita, solicite a dilatação do prazo. Nesta hipótese, para avaliar o pedido, a comissão deverá levar em consideração os direitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a razoabilidade do pedido, bem como a complexidade do caso. É possível o deferimento de prorrogação do prazo pela comissão, desde que esta prorrogação não possua a finalidade meramente protelatória.

Em todos os casos em que haja mais de um indiciado, a prorrogação ou a suspensão do prazo de defesa deve beneficiar os demais, ainda que já tenham apresentado suas defesas, de forma que poderão incluir novas razões.

11.2. DEFESA ESCRITA

A defesa compreende a segunda subfase do inquérito administrativo. A contagem do prazo para a sua apresentação inicia-se a partir da data da citação. Os prazos para apresentação de defesa estão explicitados no capítulo precedente. Anote-se que esta subfase do processo administrativo disciplinar é de relevância ímpar, isto é, a comissão processante deverá atentar para a qualidade da defesa escrita apresentada pelo indiciado, inclusive solicitando apresentação de nova peça defensória no caso de entender que a primeira é inepta ou insuficiente. Isto porque o processo deve ficar resguardado de eventuais futuras ações judiciais que aleguem o não exercício pleno do contraditório e da ampla defesa.

Diante disso, verifica-se que a defesa deve atacar os fatos apontados pela comissão no termo de indiciamento, isto é, o instrumento apresentado pelo indiciado ou seu procurador tem que, de fato, cumprir o papel de contribuir para amenizar a situação do servidor.

Assim assevera Antônio Carlos Palhares Moreira Reis:

Durante esse prazo, o indiciado tem o direito de formular, por escrito, a argumentação que tiver e couber e, eventualmente, apresentar contra-provas e requerer diligências complementares, como, por exemplo, oitiva de novas testemunhas, novos exames e vistorias, tudo com o objetivo de assegurar sua inocência. Ou, se não for para caracterizar a inocência, dar uma explicação convincente para a realização do fato, a fim de justificá-lo e minimizar a penalidade a ser eventualmente imposta. Cabe-lhe, ainda, se for o caso, levantar quaisquer preliminares, promover a arguição de qualquer nulidade no procedimento. [248]

Cumpre salientar que, de acordo com a Lei nº 8.112/90, a fase mais adequada para a realização de atos probatórios é a instrução. Assim, a realização de atos instrucionais durante a fase de defesa deve ser algo excepcional, podendo acarretar a necessidade de realização de novo indiciamento e abertura de novo prazo para a apresentação da defesa escrita. Um novo indiciamento só se justificará se uma nova prova ou fato puder vir a agravar ou atenuar a situação do indiciado, caso contrário, não se faz necessário.

Ao apreciar a necessidade de realização de novos atos probatórios durante o prazo para defesa, e com base no art. 156, § 1º, a comissão deverá indeferir pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

Ainda com relação aos prazos estabelecidos em lei para defesa, a comissão tem autonomia para conceder a prorrogação. Havendo motivação para tanto, poderá deliberar por conceder prazo maior, em atenção ao princípio da ampla defesa, visando evitar que posteriormente seja alegado cerceamento de defesa. Repise-se que a comissão poderá indeferir pedido de prorrogação de prazo, caso entenda tratar-se de ato meramente protelatório.

A defesa deve obedecer a forma escrita e poderá ser realizada pelo próprio indiciado, ou a seu critério , por um procurador, devidamente qualificado nos autos do processo. Não se exige para tanto, formação em direito, ou que seja advogado. Entretanto, deve-se observar a proibição contida no inciso XI do art. 117 da Lei nº 8.112/90, ou seja, a defesa não poderá ser realizada por outro servidor público; exceção a esta regra é a previsão contida no § 2º do artigo 164 da mesma lei, que trata da nomeação de defensor dativo, conforme será abordado em ponto específico deste Manual.

> *Art. 117. Ao servidor é proibido:*
>
> *(...)*
>
> *XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;*
>
> *Art. 164. (...)*
>
> *§ 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.*

O inciso LV do art. 5º da Constituição Federal assegura aos acusados em geral, a garantia de defesa, assim como a do contraditório, de forma que se torna imprescindível respeitar este direito, não sendo admissível o início da próxima fase processual sem que se tenha apreciado a defesa apresentada pelo indiciado.

> *Constituição Federal*
>
> *Art. 5º. (...)*

248 REIS, 1999, p. 156 e 157.

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;

Formulação DASP nº 215. Inquérito administrativo.

O inquérito administrativo não visa apenas a apurar infrações, mas também a oferecer oportunidade de defesa.

Assim sendo, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, caso o indiciado apresente sua defesa de forma intempestiva, a comissão deve recebê-la, caso a justificativa apresentada seja razoável. Nessa situação, é prudente registrar, além do atraso no cumprimento desse prazo, que a decisão do colegiado decorre da observância dos citados princípios.

11.3. REVELIA

O servidor é considerado revel em duas situações apenas: quando o indiciado não apresenta defesa escrita ou então quando a apresentada é considerada inepta pela comissão disciplinar. Portanto, não há amparo legal para que a comissão designe ou solicite à autoridade instauradora que nomeie defensor dativo para acompanhar ato de instrução de que o acusado foi regularmente notificado, mas não compareceu e nem se fez representar.

Analisar-se-á em primeiro lugar a hipótese em que o indiciado é citado, mas não apresenta defesa. Neste caso, o art. 164, § 2º, da Lei nº 8.112/90, é claro em indicar a solução para a omissão da defesa: a nomeação de defensor dativo pela autoridade instauradora, tendo em vista a indisponibilidade do direito de defesa. Diz o artigo que "*para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado*".

O art. 164, caput, do Estatuto, menciona o conceito de "revel", e considera "*(...) revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal*". No Direito, o termo significa a omissão da parte na sua defesa num determinado processo. Em alguns ramos processuais, a omissão da parte em se defender pode causar prejuízo como ocorre, por exemplo, no âmbito do direito processual civil, em que as alegações da parte contrária são consideradas presumidamente verdadeiras. Não é o caso do processo administrativo disciplinar, vez que neste ramo processual, a ausência de defesa não tem o condão de considerar as alegações do termo de indiciamento como verdadeiras.

O segundo exemplo de nomeação de defensor dativo é quando a defesa é considerada inepta pela comissão disciplinar. A defesa é considerada inepta quando não é satisfatória. É a defesa insuficiente, sem argumentação que permita efetivamente rebater os fatos imputados ao servidor no termo de indiciação. Ou seja, a defesa é apresentada pelo indiciado ou por seu procurador/defensor, ainda que dativo, mas a comissão julga que aquela não foi capaz de, de fato, defendê-lo.

Ressalte-se que não é recomendável, na hipótese de defesa apresentada por advogado devidamente constituído pelo acusado, a comissão declarar que a defesa é inepta. De fato, tratando-se de peça formulada por profissional habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil, há a presunção de que preenche os requisitos mínimos para que seja considerada uma defesa técnica, com capacidade para garantir a observância do princípio da ampla defesa nesta relevante etapa processual.

É conveniente destacar que a possibilidade de declaração de inépcia da defesa não está prevista expressamente no Estatuto dos Servidores, mas é decorrência do Princípio da Ampla Defesa. De acordo com este, não basta a apresentação formal de uma defesa, pois o conteúdo desta peça deverá ser verdadeiramente capaz de argumentar em favor do indiciado.

Por analogia traz-se aqui transcrito, trecho da Súmula nº 523 do STF, que trata da defesa ineficaz no processo penal: "*a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*".

Na mesma trilha e, em virtude da necessidade que a comissão possui de apurar a verdade material (ou seja, o que realmente aconteceu, não se limitando à apuração meramente formal), a Advocacia-Geral da União exarou parecer que, embora não vinculante, esclarece a necessidade de nomear o defensor dativo para o caso em tela:

> *Parecer AGU nº GQ-201, não vinculante*
>
> *(...)*
>
> *13. Entretanto, é forçoso convir que a tarefa da Comissão não reside, exclusivamente, em analisar as alegações de defesa, pois o processo administrativo visa a apurar, por todos os meios, os fatos e suas circunstâncias, a verdade real, de sorte a orientar a autoridade no seu julgamento, fornecendo-lhe os elementos necessários a uma justa decisão. Não se paute, portanto, a Comissão, na sua indagação probatória, simplesmente pelas linhas ou sugestões do articulado da defesa, que poderá ser limitado ou deficiente. Pois a sua incumbência é a de buscar a verdade através de todos os meios ao seu alcance, dado que, no caso, a Administração, que ela representa, se é promotora do inquérito tendente a punir, tem igualmente a função de juiz que deve julgar com imparcialidade e completo conhecimento de causa.*

O servidor designado como dativo não poderá eximir-se de sua obrigação legal, salvo nas hipóteses de impedimento e suspeição.

Após a constatação da necessidade de nomear o defensor dativo, a comissão deverá documentar o fato no processo, por meio de termo, e comunicar à autoridade instauradora, por meio de expediente, o fato ocorrido e fundamentar a necessidade de nomeação do defensor dativo.

O defensor dativo a ser designado exclusivamente pela autoridade instauradora, deverá possuir dois requisitos. O primeiro requisito é ser servidor ocupante de cargo efetivo, mas não necessariamente estável (art. 164, § 2º).

O segundo requisito exige que o defensor seja ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. Este requisito pode ser alcançado nas duas hipóteses – ou o defensor dativo pode ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível que o indiciado, ou pode ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. Estando o servidor em qualquer das duas situações poderá ser designado dativo.

Os cargos públicos estão escalonados de acordo com o nível de escolaridade requerido para o seu ingresso mediante concurso público. A classificação da escolaridade, por sua vez, está expressamente citada no art. 21 da Lei nº 9.394/96 (lei de diretrizes e bases da educação nacional) e compreende a educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, e a educação superior.

Destacam-se duas situações exemplificativas para ilustrar as duas possibilidades relacionadas ao segundo requisito.

Na primeira, o servidor "A", a ser designado como defensor dativo, possui nível médio de escolaridade e ocupa cargo de nível fundamental, enquanto o servidor "B", indiciado, possui nível médio de escolaridade e ocupa cargo de nível médio. Neste caso, não há problema algum no fato de "A" ser defensor dativo de "B", em razão do nível de escolaridade.

Num segundo exemplo, o servidor "A", a ser designado defensor dativo, possui nível superior e ocupa cargo de nível fundamental, e o servidor "B" (indiciado) possui nível superior e ocupa também cargo de nível superior. Também neste exemplo não há que se falar em irregularidade na designação, uma vez que "A" possui o mesmo nível de escolaridade de "B".

Outra dúvida frequente diz respeito ao escalonamento de níveis dentro de um mesmo cargo. O que significa isso?

Por exemplo, o cargo de Auditor Federal de Finanças e Controle – AFFC possui quatro classes, a saber: "A", "B", "C" e "Especial". Cada uma destas classes se subdivide em padrões. Por exemplo: classe "A", padrão I, classe "A", padrão II, e assim sucessivamente. No caso deste último exemplo, o defensor dativo e o indiciado ocupam o mesmo cargo, de modo que se torna indiferente o fato de estarem em classes ou padrões diferenciados. Assim sendo, é possível que o indiciado esteja na classe "Especial", padrão IV, e o seu defensor dativo seja da classe "A", padrão I.

Sobre a formação acadêmica do defensor dativo, não existe normativo legal que discipline a sua escolha. Por prudência, recomenda-se a aplicação, por analogia, da orientação prevista no Parecer vinculante da AGU, GQ-12, o qual tratou dos requisitos referentes à formação acadêmica dos integrantes da comissão disciplinar. Segue transcrito trecho do normativo.

> *(...)*
>
> *18. Integram a c.i. três servidores estáveis, dela não podendo participar cônjuge, companheiro ou parente do provável responsável pela prática das infrações disciplinares, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau. Essas exigências explicitadas no art. 149 da Lei nº 8.112 são suscetíveis de ampliação, a fim de serem abrangidos outros requisitos, em salvaguarda da agilidade, circunspeção e eficácia dos trabalhos, bem assim dos direitos dos servidores envolvidos nos fatos. São os cuidados recomendados no sentido de que sejam as comissões constituídas de servidores com nível de conhecimento razoável do assunto inerente às faltas disciplinares e, preferencialmente, de um Bacharel em Direito, face às implicações de ordem jurídica originárias do apuratório.*
>
> *19. São meras qualidades pessoais que devem possuir os servidores a serem designados para compor a comissão, prescindindo de autorização de lei, nesse sentido.*

Levando-se em consideração uma interpretação analógica do parecer, aplicada ao caso do defensor dativo, chega-se à conclusão que seria desejável que este possuísse conhecimento razoável sobre direito disciplinar, ou então que fosse Bacharel em Direito. No caso de impossibilidade de atendimento destes requisitos, não há que se falar em irregularidade alguma na nomeação de servidor sem conhecimento sobre direito disciplinar ou então que não fosse Bacharel em Direito, desde que atendidos os requisitos previstos em lei e que a defesa escrita apresentada seja capaz de argumentar em favor do indiciado.

Convém observar, ainda, que o servidor a ser designado defensor dativo não pode ter praticado ato, elaborado documentos ou participado de qualquer fase do processo disciplinar em relação ao qual a Administração pretende que atue, sob pena de violar a necessária imparcialidade e equidistância que deve ter em relação às investigações.

A publicação do ato de designação ocorrerá, preferencialmente, em Boletim interno, salvo os casos de necessidade de publicação no DOU, conforme item 9.5.2.

Sobre a possibilidade de atuação do defensor, cabe ressaltar que deverá assumir o processo no estado em que está, ou seja, não caberá a este requerer à comissão o refazimento de atos, e sua atuação se encerrará com a entrega da defesa, não lhe competindo qualquer solicitação ou pedido a favor do revel a partir da fase de elaboração do Relatório Final. Por exemplo, não caberá ao defensor solicitar que uma testemunha seja reinquirida ou que seja realizado novo interrogatório do indiciado, tampouco poderá solicitar cópia do Relatório Final da comissão ou recorrer em favor do revel.

Embora não possa solicitar o refazimento de ato, poderá indicar nulidade praticada em qualquer fase do processo. Por exemplo, a ausência de oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa, no caso de depoimento de testemunha promovido pela comissão, em que não houve a notificação do indiciado sobre a sua data e horário. Nesta hipótese, seria recomendável que a comissão refizesse o ato.

A contagem do prazo para que o defensor dativo apresente a defesa escrita começará a partir do dia da publicação de sua designação, e seguirá as normas de contagem já demonstradas anteriormente.

Em processo em que haja mais de um indiciado revel, caso não haja conflito entre os seus interesses, não há óbice na nomeação de um mesmo defensor dativo para a elaboração da defesa de todos eles.

A situação de apresentação intempestiva de defesa escrita poderá resultar na nomeação de defensor dativo em virtude desse atraso na entrega da peça defensiva. Ao tratar da questão, Vinícius de Carvalho Madeira assim se posiciona:

> *Assim, se acontecer de o indiciado apresentar a defesa escrita alguns dias fora do prazo, ainda não terá dado tempo de a autoridade nomear nenhum defensor dativo, logo, entendo que seria excesso de formalismo nomear dativo se a defesa já foi apresentada, apesar de fora do prazo. Se, contudo, o dativo já estiver nomeado, é conveniente que se receba a defesa do acusado e se aguarde a do dativo, analisando ambas quando da feitura do relatório final.* [249]

Na hipótese de o indiciado revel reaparecer e desejar apresentar sua própria peça de defesa, convém que, na mesma linha de raciocínio, a comissão a receba e avalie as defesas elaboradas pelo próprio servidor e pelo seu defensor dativo, extraindo, de cada peça, o que for melhor para o indiciado.

249 MADEIRA, 2008, p. 118 e 119.

12. RELATÓRIO FINAL

12.1. REQUISITOS

Após efetuar todas as diligências necessárias e, no caso da ocorrência de indiciação, analisar a defesa escrita, caberá à comissão preparar o Relatório Final, que deverá ser fundamentado nas provas trazidas aos autos, deixando de lado impressões pessoais e eventuais sentimentos em relação aos servidores em questão. A apresentação do Relatório Final encerra a segunda fase do processo – o inquérito administrativo, consoante art. 151, II, da Lei nº 8.112/90, e se constituiu no último ato da comissão.

Portanto, com a entrega do Relatório Final e do processo à autoridade instauradora, a comissão se extingue e, nesse sentido, não há outras providências a serem adotadas pelo colegiado, tampouco qualquer exigência legal para que a comissão entregue cópia do processo ao indiciado ou que o intime pessoalmente do relatório final elaborado pelo Trio processante. Quanto a este tema, os Tribunais Superiores já se manifestaram da seguinte forma:

> *MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE. (...) OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE INTIMAÇÃO DO RELATÓRIO FINAL DA COMISSÃO PROCESSANTE OU DO PARECER DA AGU.*
>
> *(...)*
>
> *2. Não há falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório pela ausência de manifestação do impetrante após a apresentação de sua defesa escrita, uma vez que, de acordo com o Estatuto dos Servidores Públicos Federais, logo após a defesa do impetrante, posterior à instrução, cabe à Comissão Processante a elaboração do seu relatório final, que será remetido para julgamento.*
>
> *3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que no processo administrativo disciplinar regido pela Lei nº 8.112/90 não há a previsão para a apresentação, pela defesa, de alegações após o relatório final da Comissão Processante, não havendo falar em aplicação subsidiária da Lei 9.784/99.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 13.279/DF - 2007/0308636-5. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20/5/2010)*
>
> *EMENTA: (...) 4. Não há preceito legal que imponha a intimação pessoal dos acusados, ou permita a impugnação do relatório da Comissão processante, devendo os autos serem imediatamente remetidos à autoridade competente para julgamento (arts. 165 e 166 da Lei nº 8.112/90).*
>
> *(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RMS nº 24.526/DF. Relator: Ministro Eros Grau, julgado em 3/6/2008)*

Na hipótese de o servidor investigado requerer a cópia do Relatório Final, a autoridade instauradora deverá fornecer a documentação solicitada em virtude dos princípios da ampla defesa e do contraditório, e não a comissão processante, que já não existe mais.

Como bem observado por José Armando da Costa, o Relatório Final possui três funções importantes: informativa, opinativa e conclusiva.

No que tange à primeira função, significa que deverá constar da peça derradeira dados e elementos suficientes para que a autoridade julgadora compreenda todo o desenrolar dos fatos sob investigação.

Em relação à função opinativa, tem-se que o Relatório deverá trazer no seu bojo sugestões sobre melhorias que o órgão poderá adotar, a fim de evitar a ocorrência de novas irregularidades da mesma natureza.

Por fim, a função conclusiva diz respeito à obrigatoriedade de a comissão processante se posicionar clara e categoricamente quanto à ocorrência ou não da irregularidade sob apuração e quanto à inocência ou não dos servidores envolvidos, sugerindo, inclusive, a pena a ser aplicada no caso de responsabilidade desses agentes.

Vejamos o que preceitua o artigo 165 da Lei nº 8.112/90:

> *Art. 165. Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.*
>
> *§ 1o O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor.*
>
> *§ 2o Reconhecida a responsabilidade do servidor, a comissão indicará o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, bem como as circunstâncias agravantes ou atenuantes.*

No art. 165, § 1º, da Lei nº 8.112/90, consta que a CPAD deve, em seu Relatório Final, apresentar posicionamento conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade administrativa do servidor. Por isso, o colegiado deve, ao deliberar em ata o fim da instrução probatória, já ter produzido provas suficientes para formar sua convicção definitiva quanto à inocência ou sua convicção preliminar quanto à responsabilidade do servidor. Pode-se dizer, então, que, após o término da instrução probatória, existem duas possibilidades de desdobramento do procedimento disciplinar:

a) se convencida da inocência do servidor, a CPAD elaborará o Relatório Final diretamente, sem necessidade de indiciação; ou

b) se convencida, em caráter preliminar, da provável responsabilidade administrativa do servidor, a CPAD elaborará o termo de indiciamento.

Na última hipótese, a CPAD elaborará seu Relatório Final somente após apresentação da defesa escrita, podendo ratificar seu posicionamento preliminar quanto à responsabilização do indiciado ou, acaso seja persuadida de forma contrária, alterar seu convencimento preliminar, manifestando-se conclusivamente pela inocência do servidor envolvido. Com a elaboração do Relatório Final, a CPAD encerrará o Inquérito Administrativo, subsidiando, logo em seguida, o Julgamento que será oportunamente proferido pela autoridade competente. Antônio Carlos Alencar Carvalho[250] contextualiza:

> *(...) o relatório da comissão deverá ser fruto da global e isenta consideração dos atos do processo administrativo disciplinar e dos fatos comprovadamente cometidos pelo servidor, prestando-se como norte que guiará a autoridade julgadora na decisão final de punir ou absolver o acusado, [...] pautando-se nas presumidamente imparciais, objetivas e verdadeiras conclusões da comissão processante.*

Dessa forma, a CPAD, depois de apreciar as teses de defesa do indiciado, deverá: a) ao convencer-se pela inocência do servidor, propor o arquivamento do procedimento disciplinar; ou b) ao convencer-se pela responsabilidade administrativa do indiciado, proceder ao enquadramento administrativo do ilícito disciplinar apurado.

Em outras palavras, a CPAD deve ser capaz, como consectário lógico das provas coletadas, de externar convicção acerca do elemento objetivo, atinente à eventual conduta reprovável praticada pelo servidor, e do elemento subjetivo, atinente ao ânimo do agente infrator ao realizar eventual conduta considerada reprovável, de modo a possibilitar sua manifestação final e, assim, efetivar a função conclusiva do Relatório Final[251].

Em caso de dúvida à luz das provas obtidas, o colegiado poderá adotar o princípio do "*in dubio pro reo*" (na dúvida, a favor o réu), em detrimento do "*in dubio pro societate*" (na dúvida, a favor da sociedade – que

250 CARVALHO, 2008, p. 636.

251 COSTA, 2011.

norteia a decisão da comissão de indiciar o servidor), e absolver o indiciado. Por meio do Parecer AGU nº GM-3, não vinculante, a Advocacia – Geral da União se manifestou dizendo que "(...) na dúvida sobre a existência de falta disciplinar ou da autoria, não se aplica penalidade, por ser a solução mais benigna".

Outra possibilidade é a existência de divergência entre os integrantes da comissão quanto à situação do (s) servidor (es) investigados. Nada obstante, o colegiado deve buscar sempre manter uniformidade e coesão em seus posicionamentos, especialmente porque o desacordo poderá enfraquecer a conclusão da comissão. No entanto, na hipótese de discordância entre alguns dos seus membros, sem solução dentro do próprio colegiado, o dissidente poderá votar em separado, consignando seu posicionamento apartado dos demais.

Verifica-se, como regra geral, que não há maiores formalidades na confecção do Relatório Final; existe, porém, a necessidade de todas as opiniões e conclusões guardarem sentido com as provas e documentos contidos no processo.

A legislação não prevê a possibilidade de o indiciado intervir no processo durante essa fase de elaboração do Relatório. Não há previsão de apresentação de alegações finais antes, tampouco depois de concluído o Relatório Final pela comissão processante. Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos:

> *(...) Voto: Como se vê, inexiste qualquer determinação legal no sentido de que o indiciado seja intimado para o oferecimento de alegações finais (...). Ao contrário, a lei estabelece que tão logo seja apreciada a defesa oferecida pelo servidor, a comissão elaborará relatório minucioso (...). De tanto, resulta que, nesse particular, não há que falar em cerceamento de defesa.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 7.985/DF - 2001/0137598-5. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 22/4/2013)*
>
> *(Idem: STF, MS nº 23.268; STJ, MS nº 7.051 e nº 8.259)*

A IN CGU nº 14/2018, em seu art. 35, trouxe o rol de informações mínimas que deverão constar do Relatório Final, conforme se lê:

> *Art. 35 Após a regular instrução processual e análise da defesa, a comissão de PAD elaborará relatório final, que deverá ser conclusivo quanto à responsabilidade do servidor e à pena a ser aplicada, bem como conter os seguintes elementos:*
>
> *I - identificação da comissão;*
>
> *II - fatos apurados pela comissão;*
>
> *III - fundamentos da indiciação;*
>
> *IV - apreciação de todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas na defesa[252];*
>
> *V - menção às provas em que a comissão se baseou para formar a sua convicção;*
>
> *VI - conclusão pela inocência ou responsabilidade do servidor, com as razões que a fundamentam;*
>
> *VII - indicação do dispositivo legal ou regulamentar transgredido, quando for o caso;*
>
> *VIII - eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes da pena; e*
>
> *IX - proposta de aplicação de penalidade[253], quando for o caso.*

252 No caso de discordar dos argumentos apresentados pela defesa, a comissão deverá tratar as questões de forma objetiva, evitando-se embates de caráter pessoal, ainda que a defesa apresentada contenha elementos ofensivos ao colegiado.

253 Levando em consideração a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provieram para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais (artigo 128 da Lei nº 8.112/90).

§ 1º A comissão de PAD deverá informar sobre a existência de indícios de infração penal, dano ao erário, improbidade administrativa, ato lesivo tipificado na Lei nº 12.846, de 2013, bem como outras infrações administrativas, com a recomendação dos encaminhamentos cabíveis.

§ 2º A proposta de penalidade feita pela comissão de PAD fixará a competência para o julgamento do processo.

§ 3º A proposta de aplicação de penalidade de suspensão deverá, motivadamente, incluir a sugestão de quantidade de dias.

Importa esclarecer que as condições atenuantes ou agravantes são situações relacionadas à conduta e que podem, respectivamente, atuar contra ou a favor da defesa. Diferem dos antecedentes funcionais, os quais são examinados a partir dos dados registrados nos assentamentos do servidor, seja positiva ou negativamente.

Como exemplos de atenuantes podemos citar os seguintes: falta de treinamento do servidor na área técnica relacionada ao ilícito, tempo de serviço na área, problemas de ordem pessoal devidamente justificados e que possam comprometer a rotina profissional do servidor, servidor recém-ingresso no serviço público, condições de infraestrutura física e operacional da Administração que dificultem o desempenho do servidor, dentre outras.

No que tange às agravantes, são exemplos: ter sido treinado na área técnica relacionada à infração, elevada experiência e tempo de serviço na área, ocorrência de dano para o serviço, seja material ou moral, o fato de o servidor ocupar cargos de confiança e de atuar em condições aceitáveis no que tange à infraestrutura física e operacional de sua unidade.

Exemplos de bons antecedentes funcionais são os agradecimentos e elogios registrados nos assentamentos do servidor, e que demonstram sua dedicação e comprometimento com o trabalho e a instituição a que serve. E como maus antecedentes podem ser destacados Termos de Ajustamento de Conduta descumpridos e quaisquer registros que demonstrem a falta de compromisso com o trabalho e com o órgão em que o servidor exerce suas funções.

12.2. PENALIDADES APLICÁVEIS

No Relatório Final, o colegiado não deve apenas concluir pela responsabilidade administrativa do servidor, mas também indicar o dispositivo legal ou regulamentar transgredido, com vistas a viabilizar sua posterior sugestão de penalidade. Nessa linha, o Parecer-AGU nº GQ-121, não vinculante, propugna que o legislador se encontrava atento ao determinar que os preceitos violados devem ser necessariamente especificados no Relatório Final, visto que a indicação do dispositivo transgredido delimita, simultaneamente, a penalidade a ser aplicada ao servidor faltoso.

O processo disciplinar é o instrumento de apuração de responsabilidade de servidor em razão de atos e fatos irregulares que venha a cometer ao longo de sua vida funcional. Nesse sentido, e por se defender de fatos, não haverá cerceamento de defesa e nulidade no caso de a Comissão, por exemplo, alterar em seu Relatório Final, o enquadramento legal do fato descrito na fase anterior – de indiciamento. Nesse sentido, o Parecer GQ-21, não vinculante, da Advocacia-Geral da União, é claro ao tratar do tema:

Parecer AGU nº GQ-121, não vinculante

(...)

10. (...) A omissão ou substituição de dispositivo, com vistas ao enquadramento e punição da falta praticada, não implica dano para a defesa, advindo nulidade processual, em consequência. A este aspecto encontrava-se atento o legislador ao determinar que os preceitos transgredidos devem ser especificados no relatório, sem adstringir esse comando à elaboração da peça instrutória. No en-

> *tanto, o zelo demonstrado pela c.i, quando indica, na indiciação, os preceitos desrespeitados não desmerecem a execução dos seus trabalhos.*

Percebe-se, assim, a importância do correto enquadramento administrativo, evidenciando-se o zelo e a dedicação que a CPAD deve conferir a tal desiderato. Como já noticiado, a Lei nº 8.112/90 apresenta, em regra, definições genéricas e abrangentes em seus ilícitos disciplinares, sobressaindo a possibilidade de enquadramento de diferentes condutas em um mesmo ilícito ou, de modo diverso, de uma mesma conduta em diferentes ilícitos. Pode haver, em uma leitura apressada, diferentes possibilidades de enquadramento de uma mesma irregularidade funcional.

O colegiado deve, por isso, além de observar o fato em si ou, como alguns preferem, o escopo objetivo, desvelar o ânimo subjetivo do servidor. Acaso comprove a ocorrência de fato passível de subsunção em ilícito disciplinar, a CPAD deve delimitar a conduta pessoal do agente faltoso, relacionando-a à hipótese de culpa ou dolo, haja vista ser inadmissível responsabilização objetiva. Nessa linha, adverte-se que, para fins de aplicação de sanção disciplinar, são indispensáveis a certeza dos fatos imputados e a culpabilidade do agente público, quer dizer, a prova de que o fato é atribuível ao seu autor a título de dolo ou culpa.

Nesse sentido, o Parecer-AGU nº GM-3, não vinculante, segundo o qual "*(...) incumbe à administração apurar as irregularidades verificadas no serviço público* e ***demonstrar a culpabilidade do servidor***, *proporcionando seguro juízo de valor sobre a verdade dos fatos*".

Como demonstrado, a CPAD deve analisar a subjetividade do autor do fato ilícito, identificando se o agente transgressor agiu, ao perpetrar a irregularidade a ele imputada, com dolo ou culpa. Sem adentrar em algumas questões já expostas, reitera-se que as infrações disciplinares estão, grosso modo, escalonadas nos arts. 116, 117 e 132 da Lei nº 8.112/90, em diferentes níveis de gravidade, implicando, em cada caso, a depender do enquadramento administrativo realizado, uma sanção disciplinar previamente definida, consoante arts. 129, 130, 132, 134 e 135 da Lei nº 8.112/90.

Os elementos balizadores da dosimetria da pena, dispostos no art. 128 da Lei nº 8.112/90, devem ser considerados nos casos de enquadramentos administrativos que podem, a depender do caso concreto, ensejar advertência ou suspensão. Observada a ressalva descrita, sobrepõe-se que o animus subjetivo do autor do ilícito delimita o enquadramento cabível, que, por sua vez, determina, em regra, a sanção aplicável, evidenciando-se, em outros termos, que o correto enquadramento da irregularidade pressupõe uma análise minuciosa da intenção do autor. Marcos Salles Teixeira[254] explica:

> *Ilustrativamente, citam-se alguns exemplos […]. Um ato contrário à norma tanto pode ser inobservância de norma (art. 116, III), como pode ser apenas rito de passagem para "valer-se do cargo para lograr proveito irregular" (art. 117, IX). Um ato de quebra de relação de confiança tanto pode ser apenas quebra do dever de lealdade (art. 116, II), como pode configurar cometimento de atividade incompatível (art. 117, XVIII), quanto pode ser ato de improbidade (art. 132, IV). Ao destruir um bem público, pode-se estar diante de falta de zelo (art. 116, VII) quanto de dilapidação do patrimônio (art. 132, X). (...) A diferenciação, em síntese, entre tais condutas extremadas reside basicamente na configuração do elemento subjetivo do infrator: se agiu com culpa […] ou se agiu com dolo […].*

Ainda sobre dosimetria das penalidades, recomenda-se a leitura de Relatório aprovado na 21ª reunião da Comissão de Coordenação de Correição, disponível em:

http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/comissao-de-coordenacao-de-correicao/enunciados-e-demais-documentos-aprovados.

Pode-se afirmar, em síntese, que infrações de natureza culposa são, em regra, enquadradas nos ilícitos disciplinares previstos nos arts. 116 ou 117, incisos I a VIII, XVII a XIX, da Lei nº 8.112/90; enquanto infrações de natureza dolosa são enquadradas nos ilícitos previstos nos arts. 117, IX a XVI, ou 132 da Lei nº 8.112/90. Excepciona-se da regra citada o ilícito administrativo "proceder de forma desidiosa", previsto no inciso XV do art. 117 da Lei nº 8.112/90, que pressupõe, nos termos já expostos em capítulo precedente,

254 TEIXEIRA, 2020, p.1232.

responsabilidade na modalidade culposa. Teixeira[255] sintetiza que *(...) a menos da desídia (…), o regime administrativo disciplinar exige a existência de elementos indicadores de dolo para aplicação de penas expulsivas, enquanto que, em regra, as atitudes culposas ensejam penas brandas.*

Infrações culposas pressupõem negligência, imprudência ou imperícia; infrações dolosas, por sua vez, intenção e consciência do resultado ou assunção dos riscos. Uma vez caracterizada a culpa, a CPAD deve enquadrar a irregularidade imputada ao agente transgressor em ilícito que pressupõe culpa; uma vez caracterizado o dolo, a CPAD deve enquadrar a irregularidade imputada ao agente transgressor em ilícito que pressupõe dolo. Feito o correto enquadramento, sobreleva-se, logo após, a penalidade cabível, vez que a Lei nº 8.112/90 vincula, em regra, uma única penalidade para cada ilícito.

Como já noticiado, o colegiado poderá se deparar, em alguns casos, com concurso formal ou material de ilícitos, ocasiões em que um mesmo agente infrator, em decorrência de uma ou mais condutas, incorre em mais de um ilícito disciplinar. Com exceção de eventual hipótese de concurso aparente de infrações, a CPAD deve, face a concurso formal ou material, comprovado após utilização das regras de abstração (alternatividade, especialidade, subsidiariedade e consunção), proceder ao enquadramento múltiplo. Prevalecerá, nessa situação, a sugestão de aplicação da penalidade mais gravosa.

Interpretando-se de forma sistemática o Regime Disciplinar previsto no Título IV da Lei nº 8.112/90, e o processo administrativo disciplinar, disciplinado no Título V da mesma lei, percebe-se, ao serem privilegiadas a coerência do sistema jurídico e o sentido correto do seu conteúdo normativo, que descrição dos fatos, enquadramento e recomendação da penalidade são, quando comprovada a ocorrência de irregularidade, consectários lógicos dos trabalhos da CPAD, que deve ter, dada a proximidade com a realidade fática apurada, conhecimento suficiente para subsidiar a decisão da autoridade julgadora.

Afasta-se, pois, qualquer dúvida quanto à obrigatoriedade de a CPAD, após constatar o cometimento de certa irregularidade, proceder ao correto enquadramento administrativo e sugerir a penalidade a ser aplicada pela autoridade competente, consoante ensina Ivan Barbosa Rigolin, segundo o qual "*(...) De acordo com o apurado no processo, e a gravidade dos fatos acontecidos segundo ficou demonstrado, irá a comissão indicar uma pena ao indiciado*". [256]

Por outro lado, o colegiado deve, se não configurar o cometimento de qualquer ilícito disciplinar, apresentar posicionamento conclusivo pela inocência do servidor, explicitando os motivos que contribuíram para formar sua convicção e sugerindo, logo em seguida, arquivamento do processo administrativo disciplinar.

Para evitar prejuízos à inteligibilidade da análise das penalidades disciplinares, alguns comentários acerca das infrações disciplinares são necessários. Afinal, como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello[257], infração administrativa e sanção disciplinar (expressão sinonímia de "penalidades disciplinares") são temas indissoluvelmente ligados. Consentâneo ao disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, reitera-se, a propósito, que aplicação de penalidade pressupõe procedimento disciplinar prévio que assegure ao servidor o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Segundo José Armando da Costa[258], as "sanções disciplinares" objetivam reprimir condutas irregulares, espalhar exemplaridade no seio do funcionalismo e, com isso, preservar a ordem interna do órgão a que pertence o servidor apenado. Para garantir a regularidade do serviço público e preservar a imagem pública da Administração, as penalidades disciplinares apresentam, assim, duas funções: uma preventiva, no sentido do não incentivo a transgressões, e outra repressiva, à medida que punem o agente público que perpetra certa irregularidade.

255 Idem, p. 349 e 350.

256 RIGOLIN, 1995, p. 276-277.

257 MELLO, 2006, p. 790.

258 COSTA, 2011.

Inobstante suas duas funções, destaca-se sua função repressiva, a saber: "*(...) sanção disciplinar é a consequência jurídica desfavorável prevista em lei e imposta ao servidor público estatutário, após a obediência ao devido processo legal, em razão do cometimento de infração funcional a ele imputável pela Administração Pública*"[259]. De todo modo, o legislador, ao prever certas sanções disciplinares, buscou desestimular a prática de certas condutas consideradas indesejadas ou constranger ao cumprimento de certas obrigações[260].

Pode-se dizer, enfim, que as penalidades disciplinares são aplicadas "ao funcionário público, em razão de haver ele cometido alguma infração de natureza funcional, ou que, tratando-se de comportamento de sua vida privada, repercuta de forma a pôr em jogo o prestígio do órgão público em que serve"[261]. Consta, a propósito, no art. 127 da Lei nº 8.112/90, as seguintes penalidades disciplinares:

> *Art. 127 (…)*
>
> *I - advertência;*
>
> *II - suspensão;*
>
> *III - demissão;*
>
> *IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade;*
>
> *V - destituição de cargo em comissão;*
>
> *VI - destituição de função comissionada.*

Dada a prevalência do princípio da legalidade, não se admite imposição de outras penalidades disciplinares, nos termos do art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

O art. 130, § 2º, da Lei nº 8.112/90 prevê a possibilidade de, conforme juízo de conveniência e oportunidade da autoridade competente, a qual deve considerar apenas o interesse público, converter a penalidade de suspensão em multa, na base de 50% por dia de remuneração ou de subsídio, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço, hipótese em que não restará configurada nova penalidade disciplinar, sendo mera forma de execução da pena de suspensão.

Quanto à pena de destituição de função comissionada, cabe um esclarecimento em virtude da Lei nº 8.112/90 não ter disciplinado as hipóteses de sua aplicação. Esta pena não é aplicável em sede disciplinar. No máximo, e a critério da autoridade nomeante, poderá um servidor ocupante de cargo efetivo e função comissionada, ser dispensado da função em virtude de quebra de confiança no caso de cometimento de falta disciplinar que tenha reflexo em seu cargo efetivo; nesse caso, não se tratará de sanção disciplinar, mas de medida de gestão da autoridade.

Necessário ressaltar que a autoridade competente deve, diante de irregularidade comprovada, aplicar obrigatoriamente a penalidade cabível, não podendo se eximir do seu poder-dever. Em regra, essa pena é vinculada, não comportando abrandamento, consoante já se manifestou a Advocacia – Geral da União no Parecer AGU nº GQ-183, vinculante:

> *7. Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. (...)*
>
> *8. Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar (...).*

259 PEREIRA, 2007, p. 42.

260 MELLO, 2006.

261 COSTA, 2009.

Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello[262], a autoridade não tem, nessas situações, mera faculdade de agir, mas sim, como corolário do devido exercício do poder disciplinar, verdadeiro poder-dever de agir, aplicando a penalidade cabível, sob pena de também incorrer em ilícitos.

12.2.1. Penalidades Disciplinares: Advertência

Nas palavras de Antônio Carlos Alencar Carvalho[263], advertência "constitui penalidade destinada a chamar a atenção, oficial e publicamente, do servidor para a correção de seu comportamento irregular (...)", sem a necessidade de afastar o agente transgressor de suas tarefas. Segundo art. 129 da Lei nº 8.112/90, a penalidade de advertência poderá ser aplicada "(...) nos casos de violação das proibições constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique penalidade mais grave".

Pode-se concluir que o art. 116, III, c/c art. 129 da Lei nº 8.112/90, especialmente quando este último menciona "(...) dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna", deixa claro que a lista de deveres funcionais não é exaustiva, podendo haver outras normas que estabelecem deveres aos servidores.

Antes de apresentar os enquadramentos administrativos previstos no dispositivo legal supracitado, destaca-se que advertência constitui a sanção disciplinar mais branda, aplicável, por escrito, aos ilícitos considerados leves. Nessa toada, a advertência busca "gerar um arrependimento e uma mudança de atitude do servidor no exercício funcional", que tende a corrigir seu comportamento após receber a censura pública oficial[264].

Para facilitar o entendimento, apresentam-se a seguir os ilícitos mencionados no art. 129 da Lei nº 8.112/90, que implicam, desde que não justificada a utilização de penalidade mais grave, a aplicação de advertência:

> *Art. 116. São deveres do servidor:*
>
> *I - exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo;*
>
> *II - ser leal às instituições a que servir;*
>
> *III - observar as normas legais e regulamentares;*
>
> *IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais;*
>
> *V - atender com presteza:*
>
> > *a) ao público em geral, prestando as informações requeridas, ressalvadas as protegidas por sigilo;*
> >
> > *b) à expedição de certidões requeridas para defesa de direito ou esclarecimento de situações de interesse pessoal;*
> >
> > *c) às requisições para a defesa da Fazenda Pública.*
>
> *VI - levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;*
>
> *VII - zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público;*
>
> *VIII - guardar sigilo sobre assunto da repartição;*
>
> *IX - manter conduta compatível com a moralidade administrativa;*

262 MELLO, 2006.

263 CARVALHO, 2008, p. 757.

264 Idem, p. 757.

X - ser assíduo e pontual ao serviço;

XI - tratar com urbanidade as pessoas;

XII - representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder. (...)

Art. 117. Ao servidor é proibido: (Vide Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001)

I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

III - recusar fé a documentos públicos;

IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;

V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;

VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;

VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;

VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; (...)

XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

A rigor, os ilícitos supracitados contêm inúmeros conceitos jurídicos indeterminados, os quais se caracterizam por não possuir conteúdo preciso e rigidamente delimitado. Dadas as especificidades das inúmeras atividades desempenhadas pelos diferentes servidores públicos, entende-se que não é possível regular de forma exaustiva todas as possíveis irregularidades, sob pena de se comprometer a eficiência administrativa e o dever de boa administração.

Para definir o conteúdo e o alcance da norma, o intérprete deve, portanto, se valer de outros atos legais e/ou infralegais que regulam as atribuições e as atividades do órgão ou da entidade a que se vincula o agente público faltoso[265].

Dessa forma, é aconselhável que a comissão, após delimitar a materialidade e desvelar o ânimo subjetivo do autor, estando presentes os requisitos configuradores de responsabilidade que ensejam enquadramento em ilícitos de menor potencial ofensivo, observe os danos decorrentes da infração perpetrada, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais, sugerindo, a depender do quadro fático analisado, aplicação de advertência ou, se for o caso, devido à parte final do art. 129 da Lei nº 8.112/90, conforme será reforçado a seguir, de suspensão.

Na hipótese de advertência, o art. 141, III, da Lei nº 8.112/90 esclarece que a penalidade será aplicada por escrito pelo chefe da repartição ou outra autoridade na forma do regimento ou regulamento do órgão ou entidade a que se vincula o servidor faltoso, publicando-se a portaria de julgamento no Diário Oficial da União ou no boletim interno da repartição e registrando-se, em seguida, a aplicação da penalidade nos assentamentos funcionais do servidor transgressor, com vistas a dar publicidade ao ato administrativo sancionador e a cientificar o agente faltoso da sanção disciplinar a ele cominada.

Caso o servidor esteja aposentado, em virtude da impossibilidade de ser punido com advertência, deve-se tão somente registrar o fato em seus assentamentos funcionais.

265 PEREIRA, 2007.

Por fim, adverte-se que, se o servidor não perpetrar nova irregularidade no período, o registro de aplicação de penalidade será cancelado após o decurso de 03 (três) anos, conforme preceitua o art. 131 da Lei nº 8.112/90. Nessa situação, Marcos Salles Teixeira[266] explica que o cancelamento "*é formalizado por meio de declaração nos assentamentos funcionais e não com a eliminação física do registro anterior, de modo que o registro de toda vida funcional do servidor permaneça incólume*"[267].

> *Art. 131. As penalidades de advertência e de suspensão terão seus registros cancelados, após o decurso de 3 (três) e 5 (cinco) anos de efetivo exercício, respectivamente, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar.*
>
> *Parágrafo único. O cancelamento da penalidade não surtirá efeitos retroativos.*

12.2.2. Penalidades Disciplinares: Suspensão

Passa-se agora à análise da pena de suspensão, que se caracteriza pelo afastamento compulsório do agente faltoso do exercício de suas funções por até 90 (noventa) dias, ocasionando a perda da sua remuneração ou do seu subsídio correspondente. Eventualmente, o exercício de direitos relacionados ao período de efetivo exercício no cargo (por exemplo, licença) poderá ser prejudicado, vez que o período de suspensão do servidor faltoso não é computado para qualquer efeito.

Em uma leitura apressada, poder-se-ia concluir que as hipóteses passíveis de suspensão cingem-se às mencionadas no art. 130, caput e § 1º, da Lei nº 8.112/90, quer dizer, aos casos de reincidência das faltas punidas com advertência, à hipótese de o servidor se recusar a se submeter à inspeção médica determinada por autoridade competente e às situações de violação das demais proibições que não tipifiquem penalidade de demissão, *in verbis*:

> *Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.*
>
> *§ 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.*
>
> *Art. 117 (...)*
>
> *XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;*
>
> *XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;*

Como a lei não tem palavras inúteis, observa-se, porém, em uma análise cuidadosa, que a parte final do art. 129 da Lei nº 8.112/90 admite, também, aplicação da pena de suspensão nos casos mais graves de violação das proibições constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna. Feitos esses esclarecimentos, sintetiza-se, pois, que a suspensão pode ser aplicada nas seguintes situações:

a) reincidência de irregularidades apenadas com advertência;

b) violação das obrigações do art. 117, XVII e XVIII, da Lei nº 8.112/90;

c) no caso de recusa de submissão à inspeção médica; e

d) nos casos de violação das proibições constantes do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna que justifiquem penalidade mais grave.

266 TEIXEIRA, 2020, p.1748.

267 Vale lembrar que, por conter informações eminentemente pessoais, os assentamentos funcionais não são considerados de acesso público e irrestrito, devendo haver parcimônia e cautela, nos termos tratados na própria Lei de Acesso à Informação, para que sejam acessados.

Trataremos inicialmente da hipótese de aplicação da penalidade de suspensão quando há reincidência de irregularidades apenadas com advertência. Nesse contexto, o estudo mais detido do instituto da reincidência em âmbito disciplinar merece destaque.

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência(...)

O vocábulo reincidência tem por origem a palavra latina "recidere", que objetivamente significa recair, repetir um ato já praticado e, em decorrência dessa situação, ser sancionado com maior rigor. Assim, numa primeira análise da primeira parte do artigo 130 caput, o intérprete tecnicamente mais desatento poderia entender que bastaria o cometimento de uma primeira e de uma segunda infração para que estivesse configurada a reincidência que resulta na aplicação de suspensão. Perceba que a Lei estatutária não exigiu, diretamente, uma decisão administrativa definitiva, que impute ao servidor-infrator uma penalidade anterior. Contudo, por força impositiva da Constituição Federal, especificamente delineada no seu art. 5º, inciso LVII, que insculpiu no nosso ordenamento jurídico o princípio da inocência, a reincidência somente pode ser reconhecida se existente decisão administrativa definitiva anterior, que tenha condenado o servidor no exercício do poder disciplinar.

A reincidência é classificada pela doutrina penal conforme sua natureza em genérica, quando os crimes são de natureza diversa; e específica, quando os crimes cometidos são da mesma natureza. A reincidência genérica é a regra no Código Penal (art. 63) e se verifica quando o agente comete novo crime, não necessariamente o mesmo tipo penal, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Seguindo essa linha de entendimento, a CGU editou o Enunciado nº 25, de 23 de janeiro de 2019 (Enunciado nº 9, renumerado cf. Portaria nº 753, de 14 de fevereiro de 2019, publicada no DOU de 15 de fevereiro de 2019 – Seção 1), segundo o qual a reincidência prevista na Lei nº 8.112/90 é a genérica, isto é, para caracterização da reincidência (na esfera administrativa disciplinar), entende-se que é suficiente a ocorrência de uma segunda transgressão disciplinar punível com advertência (, qualquer que seja a violação à proibições constantes do art. 117, incisos I a VIII e XIX, ou a inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna). Isso significa, na prática, que a comissão, ao se deparar com transgressão disciplinar punível com advertência, deve, quando constatar que o servidor faltoso já fora devidamente punido anteriormente com advertência ou suspensão, sugerir a aplicação de suspensão devido à reincidência. Marcos Salles Teixeira[268] explica:

> *(...) configura-se a reincidência quando, do cometimento de uma segunda irregularidade, qualquer que seja, punível com advertência já tenha sido a primeira infração definitivamente julgada na esfera administrativa e a advertência aplicada (...).*

Como resultado, o servidor apenado com advertência nos últimos 3 (três) anos, ou com suspensão nos últimos 5 (cinco) anos, deverá, se cometer uma segunda transgressão disciplinar punível com advertência, ser apenado com suspensão. Tal entendimento decorre do art. 131 da Lei nº 8.112/90, que prevê o cancelamento dos registros constantes do assentamento funcional do servidor, utilizados para caracterização da reincidência, após 3 (anos) no caso de advertência ou 5 (cinco) anos no caso de suspensão.

Alerta-se, porém, que a penalidade de advertência ou suspensão necessária para caracterizar a reincidência deve ter sido efetivamente aplicada. Se a sanção disciplinar não foi aplicada devido à ocorrência de prescrição, a primeira falta funcional do servidor transgressor não poderá, devido à extinção da punibilidade, ser considerada para caracterizar reincidência, visto que ela pressupõe a prática de ilícito disciplinar passível de advertência ou suspensão e a devida aplicação da penalidade cabível.

Em síntese, o reconhecimento da reincidência para fins de aplicação de suspensão disciplinar depende da demonstração de três requisitos basilares: 1) um mesmo infrator; 2) uma decisão, de caráter definitivo, condenando esse mesmo infrator pelo cometimento de uma infração disciplinar anterior; e 3) o cometi-

268 Idem, p. 497

mento de uma nova infração disciplinar sujeita à advertência, dentro dos prazos previstos no art. 131 da Lei nº 8.111/90.

Abordada a aplicação de suspensão na hipótese de reincidência das faltas punidas com advertência, passa-se agora à análise das demais hipóteses de aplicação da penalidade de suspensão previstas no art. 130, caput e § 1º, da Lei nº 8.112/90. Configurada a infringência de uma das obrigações dos incisos XVII e XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112/90, a comissão deve, logicamente, sugerir aplicação de suspensão. Como já noticiado, os ilícitos previstos nos incisos XVII e XVIII do art. 117 da Lei nº 8.112/90 também pressupõem, do ponto de vista subjetivo, ânimo culposo do agente faltoso.

Igualmente, ao constatar a recusa do servidor em se submeter à inspeção médica oficial determinada por autoridade competente nos termos do art. 206 da Lei nº 8.112/90, a Comissão processante deve, conforme ao disposto no art. 130, § 1º, da Lei nº 8.112/90, sugerir aplicação de suspensão, observando, nessa hipótese, o prazo máximo de 15 (quinze) dias. Para sua configuração, a Administração deve abrir procedimento disciplinar sujeito ao contraditório e à ampla defesa, de modo a demonstrar a falta de justificativa do agente faltoso em se submeter à perícia oficial. José Armando da Costa[269] contextualiza:

> *Trata-se, por conseguinte, de punição disciplinar anômala, uma vez que o seu legítimo escopo não é propriamente punir, e sim coagir o servidor a submeter-se à inspeção médica determinada pela autoridade hierárquica competente, tanto assim que, uma vez atendida a determinação, cessam todos os efeitos da pena de suspensão imposta (...)*

No que concerne ao disposto no art. 129, parte final, da Lei nº 8.112/90, a possibilidade de aplicação de suspensão, sem a necessidade de estar caracterizada a reincidência, no caso de configuração dos ilícitos previstos nos arts. 116 e 117, incisos I a VIII e XIX, da Lei nº 8.112/90 depende da presença de elementos que justifiquem a imposição de penalidade mais grave, tais como: natureza e gravidade da infração cometida, danos que provierem ao serviço público, circunstâncias agravantes ou atenuantes e/ou antecedentes funcionais.

A rigor, os elementos de graduação da pena citados no art. 128, caput, da Lei nº 8.112/90 são utilizados, nesta hipótese, primeiro, para definição da penalidade aplicável e, segundo, para graduação do quantum da penalidade de suspensão a ser aplicada, que pode variar de 1 (um) a 90 (noventa) dias. Nessa linha, o Parecer-AGU nº GQ-127, não vinculante, reforça que "*(...) os fatores de graduação da pena, especificados no art. 128 da Lei nº 8.112/90, podem ensejar punição mais grave*", quer dizer, podem ensejar aplicação de suspensão.

Delimitadas as hipóteses de aplicação da pena de suspensão, destaca-se que, consentâneo ao art. 141, II e III, da Lei nº 8.112/90, a penalidade de suspensão até 30 (trinta) dias é aplicada pelo chefe da repartição ou outra autoridade na forma do regimento ou regulamento do órgão ou entidade a que se vincula o servidor faltoso, e penalidade de suspensão superior a 30 (trinta) dias é aplicada pelo Ministro de Estado.

> *Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas:*
>
> *I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade;*
>
> *II - pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias;*
>
> *III - pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;*

A portaria que consubstancia o julgamento será publicada, a depender da autoridade julgadora, no Diário Oficial da União ou no boletim interno da repartição, com vistas a cientificar o agente faltoso e a viabilizar o seu oportuno afastamento das atividades laborais. Ato contínuo, a aplicação da penalidade deve ser

269 COSTA, 2009, p. 377.

registrada nos assentamentos funcionais do servidor transgressor. Na hipótese de o servidor não cometer nova irregularidade no período de 05 (cinco) anos, o registro nos assentamentos funcionais deverá, então, ser cancelado.

Reitera-se que o art. 130, § 2º, da Lei nº 8.112/90 faculta a conversão da penalidade de suspensão em multa, na base de 50% por dia de remuneração ou de subsídio, conforme juízo de conveniência e oportunidade, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.

Ressalta-se, ainda, que, para fins de conversão da penalidade de suspensão em multa, deve ser considerado, exclusivamente, o interesse público, de modo a evitar prejuízos ao andamento das atividades da repartição, de modo que essa conversão independe da vontade do servidor punido.

> *Art. 130. (...)*
>
> *§ 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.*

Caso o servidor esteja aposentado, em virtude da impossibilidade de ser punido com suspensão, deve-se tão somente registrar o fato em seus assentamentos funcionais.

12.2.3. Penalidades Disciplinares Expulsivas: Demissão, Cassação de Aposentadoria ou Disponibilidade e Destituição de Cargo em Comissão

Promover-se-á agora a análise das penas capitais ou, como alguns preferem, das penas expulsivas, as quais extinguem o vínculo do agente faltoso com a Administração Pública, a saber: demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão.

Importante destacar a delegação de competência determinada pelo Decreto nº 3.035/99, nos seguintes termos:

> *Art. 1o. Fica delegada competência aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União, vedada a subdelegação, para, no âmbito dos órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional que lhes são subordinados ou vinculados, observadas as disposições legais e regulamentares, especialmente a manifestação prévia e indispensável do órgão de assessoramento jurídico, praticar os seguintes atos:*
>
> *I - julgar processos administrativos disciplinares e aplicar penalidades, nas hipóteses de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidores;*

Como já detalhado neste Manual, os ilícitos sujeitos à penalidade de demissão pressupõem, em regra, a responsabilidade subjetiva dolosa, quer dizer, o agente transgressor deve ter agido com intenção ou, ao menos, ter assumido os riscos do resultado, excepcionando-se o ilícito previsto no inciso XV do art. 117 da Lei nº 8.112/90 ("proceder de forma desidiosa"), que pressupõe responsabilidade subjetiva culposa.

Consentâneo ao disposto no art. 137, caput, da Lei nº 8.112/90, a demissão ou destituição de cargo em comissão decorrente de infringência do art. 117, incisos IX ("*valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem (...)*") e XI ("*atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas (...)*") incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, de provimento em caráter efetivo ou em comissão, pelo prazo de 5 (anos), inviabilizando, portanto, em qualquer situação, sua nomeação, posse e exercício em novo cargo público.

Assim, fica o servidor impedido de retornar à Administração direta, autárquica e fundacional, todas federais, pelo período de 5 (cinco) anos, a partir da execução da penalidade aplicada.

Já o art. 137, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, que estabelece que o servidor demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I ("crime contra a administração pública"), IV ("improbidade administrativa"), VIII ("aplicação irregular de dinheiros públicos"), X ("lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional") e XI ("corrupção") não poderá retornar ao serviço público federal, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2975, com o encaminhamento da matéria ao Congresso Nacional, para deliberação sobre o prazo de proibição de retorno ao serviço público nas hipóteses acima elencadas.

Para evitar equívocos, delimita-se que a pena de demissão é aplicável ao servidor ocupante de cargo de provimento em caráter efetivo; a cassação de aposentadoria é, segundo o art. 134 da Lei nº 8.112/90, aplicável ao inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão; e a destituição de cargo em comissão é aplicável aos não ocupantes de cargo efetivo que perpetrarem irregularidades passíveis de suspensão (art. 117, XVII e XVIII, e 130, § 1º, da Lei nº 8.112/90, ou em virtude de agravamento como resultado de punição anterior com advertência) e de demissão.

Detalhe importante a considerar é que somente por meio de um PAD pode-se aplicar a pena de destituição de cargo comissionado, ainda que decorrente de fatos enquadráveis em hipóteses de suspensão. Nesse sentido dispõe o art. 146 da Lei nº 8.112/90.

Dadas as especificidades da destituição de cargo em comissão, colaciona-se o art. 135 da Lei nº 8.112/90:

> *Art. 135. A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.*
>
> *Parágrafo único. Constatada a hipótese de que trata este artigo, a exoneração efetuada nos termos do art. 35 será convertida em destituição de cargo em comissão.*

Após leitura atenta do dispositivo legal supracitado, sobrelevam-se as seguintes constatações: a) destituição de cargo em comissão relaciona-se exclusivamente aos ocupantes de cargo em comissão; b) aplica-se às irregularidades que ensejam suspensão e demissão; e c) na hipótese de já ter sido efetuada a exoneração do cargo em comissão, converte-se a exoneração em destituição do cargo em comissão. Nesse sentido é o parecer AGU nº GQ-35, vinculante:

> *22. (...) a) é compulsória a apuração das irregularidades atribuídas aos servidores em geral, inclusive as atribuídas aos titulares somente de cargos em comissão, indiciando-os e proporcionando ampla defesa aos ocupantes dos últimos, mesmo que tenham sido exonerados, pois a lei admite a conversão dessa desvinculação em destituição de cargo em comissão (...).*

Excepcionalmente, existe a possibilidade de conversão da exoneração de servidor que ocupava cargo efetivo em demissão por força do art. 172, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90, que diz: "*Ocorrida a exoneração de que trata o parágrafo único, inciso I do art. 34, o ato será convertido em demissão, se for o caso*". O art. 34, parágrafo único, inciso I, do Estatuto prevê a hipótese de exoneração de ofício de servidor ocupante de cargo público efetivo, "*quando não satisfeitas as condições do estágio probatório*". Isso significa que, se se averiguar o suposto cometimento de infração após a exoneração do servidor com desempenho insuficiente no período de estágio probatório, não há óbice à apuração de responsabilidade em processo disciplinar com as garantias a ele inerentes. Constatada a incursão num dos enquadramentos que determinam a cominação da pena de demissão, o ato de exoneração deverá ser convertido na punição com fulcro no art. 172, parágrafo único, combinado com algum dos incisos do art. 132 da Lei nº 8.112/90.

Na hipótese de um servidor, após ter se aposentado, retornar ao serviço público para ocupar cargo em comissão e, nessa função, praticar irregularidade passível de aplicação de pena de suspensão ou demissão, ficará sujeito à destituição do cargo em comissão, e não à cassação de sua aposentadoria.

Quanto à cassação de aposentadoria, deixa-se claro, por fim, que tal penalidade encontra, além do respaldo legal, suporte jurisprudencial, admitindo-se, por isso, sua aplicação ao inativo que cometera irregularidade enquanto estava na ativa. A cassação de aposentadoria pode ser aplicada a qualquer tipo de aposen-

tadoria, seja por idade, tempo de contribuição, tempo de serviço, ou ainda, por invalidez. Nesse sentido, pronunciou-se o STF monocraticamente no aresto a seguir em prol da constitucionalidade na penalidade em sede de controle difuso.

> *"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. OFENSA A DIREITO ADQUIRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO AFASTADA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS. DESPROPORCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. AUTORIA E MATERIALIDADE DA CONDUTA COMPROVADAS. SEGURANÇA DENEGADA.*
>
> *1.* ***Desde que o ilícito administrativo tenha sido cometido pelo servidor ainda na atividade, é plenamente aplicável a pena de cassação de aposentadoria, não se podendo falar em ato jurídico perfeito, tampouco em ofensa a direito adquirido. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.*** *[grifou-se]*
>
> *2. O anterior arquivamento equivocado de sindicância, procedimento de natureza inquisitorial destinada à apuração preliminar de eventual ilícito funcional, não impede a instauração de Processo Administrativo Disciplinar versando sobre os mesmos fatos, desde que respeitado o prazo de prescrição.*
>
> *3. O excesso de prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar só pode ser causa de nulidade se demonstrado prejuízo à defesa. Precedentes.*
>
> *4. "Não há falar em prescrição da pretensão punitiva estatal se observado o prazo prescricional de cinco anos entre a ciência dos fatos pela autoridade competente e a instauração do processo disciplinar, bem como entre os 140 (cento e quarenta) dias da aludida instauração e a aplicação da penalidade disciplinar" (MS 13.958/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/6/2011, DJe de 1º/8/2011).*
>
> *5. Admite-se a intimação do acusado por edital, desde que esgotados os meios de intimação pessoal, com a consequente nomeação de defensor dativo. Convalidação do ato pelo posterior comparecimento espontâneo do acusado, constituindo advogados para sua defesa.*
>
> *6. Autoria e materialidade da conduta comprovadas, em perfeita subsunção dos fatos às normas proibitivas (arts. 43, XLVIII, da Lei 4.878/65 – "prevalecer-se, abusivamente, da condição de funcionário policial" – e 132, IV, da Lei 8.112/90 – "improbidade administrativa"), aplicando-se a pena prevista para a hipótese, sem chance de discricionariedade.*
>
> *7. Em mandado de segurança sendo a prova pré-constituída, não se admite dilação probatória.*
>
> *8. Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado."*
>
> *(Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 33.778/DF, Min. Rel. Edson Fachin, julgamento em 2/2/2018, publicado em 5/2/2018)*

Destaca-se que, com a cassação de sua aposentadoria, o servidor poderá ingressar com pedido de aposentadoria junto ao Regime Geral de Previdência Social, pois seu tempo de contribuição deve ser computado para esse fim.

Por fim, um ex-servidor (já punido com pena expulsiva) poderá ser novamente processado e sofrer nova penalidade capital caso venham à tona outras irregularidades cometidas pelo servidor quando se encontrava ativo.

12.3. REMESSA À AUTORIDADE INSTAURADORA

A remessa à autoridade instauradora é o último ato da comissão e deve ser feita após a conclusão do Relatório Final, a fim de que seja promovida a terceira e última fase do processo, qual seja o julgamento.

Importante registrar que a Lei nº 8.112/90 não estabelece um prazo para essa remessa à autoridade instauradora, no entanto, entende-se que tal providência deve ser tomada de imediato, até porque não há razão para a comissão processante permanecer com os autos após a finalização do Relatório Final, já que não há mais medidas a serem adotadas no processo senão o julgamento.

Vejamos um exemplo: se, no âmbito da CGU, o Corregedor-Geral instaurar um PAD em desfavor de um servidor da Casa e a comissão opinar no Relatório Final pela aplicação da penalidade de suspensão por 90 (noventa) dias, o apuratório deverá ser encaminhado ao Ministro de Estado, para que este profira o julgamento, conforme veremos mais detalhadamente no capítulo seguinte.

O que deve ficar esclarecido aqui é o trâmite correto nesse momento. A comissão deverá sempre encaminhar o processo à autoridade instauradora informando quem tem a competência para decidir, mesmo que ela não seja a competente para julgar. Após, a autoridade instauradora encaminhará àquela imediatamente superior até chegar a quem a lei atribui o dever de efetuar o julgamento do processo.

13. JULGAMENTO

Com a conclusão do Relatório Final e a entrega dos autos à autoridade instauradora, a comissão encerra a sua participação no procedimento e conclui a segunda fase do processo: o inquérito administrativo. A partir deste momento, tem-se início a terceira e última fase do procedimento, o julgamento.

De posse dos autos, a autoridade competente terá o prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, para proferir sua decisão[270], nos termos do art. 167 da Lei nº 8.112/90. Entretanto, o julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo[271], mas será acrescentado na contagem do prazo prescricional, conforme melhor demonstrado no capítulo referente ao tema prescrição.

Caso, após o término dos trabalhos da Comissão e antes do julgamento do processo pela autoridade, o acusado solicite exoneração ou aposentadoria, o pedido deverá ser sobrestado até o julgamento do processo, nos termos do art. 172 da Lei nº 8.112/90.

A autoridade deverá analisar o processo disciplinar considerando dois aspectos: formal, que abrange a avaliação acerca da existência de vícios e nulidades, e material, que seria o exame de mérito e prescrição. Dessa análise poderá resultar a anulação do processo com sua consequente reinstauração, conforme dispõe o art. 169 da Lei nº 8.112/90, abaixo descrito:

Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração do novo processo.

Geralmente, as autoridades julgadoras submetem o Relatório Final da Comissão ao exame de seu órgão de assessoria, a quem compete emitir opinião sobre a questão formal e de mérito do processo disciplinar, que subsidiará a decisão final da autoridade. No caso da aplicação das penalidades expulsivas, pelos Ministros de Estado, essa avaliação está prevista no Decreto nº 3.035/99 e não pode ser dispensada, conforme se verá no item seguinte.

De se destacar que o julgamento e a aplicação da penalidade são atos indissociáveis, ou seja, trata-se de um único ato produzido pela autoridade competente e se materializa em um ato jurídico perfeito com a publicação da portaria de julgamento no Diário Oficial da União ou em Boletim Interno, podendo a partir de então, gerar todos os efeitos jurídicos correspondentes à apenação.

No caso da pena de suspensão, pode ocorrer de a sua execução ocorrer após a publicação da portaria que determinou a punição do servidor e ser realizada por autoridade diversa da que julgou o feito – pela autoridade do local de lotação do apenado.

13.1. DA COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO

A autoridade instauradora, de posse dos autos, inicialmente deverá verificar se possui competência ou não para julgar o feito. Caso a penalidade sugerida pela comissão extrapole a alçada de sua competência, os autos deverão ser encaminhados pela autoridade instauradora à autoridade competente para tanto[272], sob pena de nulidade, senão vejamos:

> *Constituição Federal*
>
> *Art. 5º. (...)*
>
> *LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*

270 Art. 167 da Lei nº 8.112/90.

271 § 1º do Art. 169 da Lei nº 8.112/90

272 § 1º do Art. 167 da Lei nº 8.112/90.

Lei nº 8.112/90

Art. 167. (...)

§ 1º Se a penalidade a ser aplicada exceder a alçada da autoridade instauradora do processo, este será encaminhado à autoridade competente, que decidirá em igual prazo.

De acordo com a AGU (Parecer AGU nº GQ-177), se o processo for julgado por autoridade incompetente, o ato deve ser anulado e corrigido pela autoridade que detém a competência para julgar o servidor.

Parecer AGU nº GQ-177. Ementa. (...) O julgamento de processo disciplinar de que advém a aplicação de penalidade mais branda que a cominada em lei, efetuado pela autoridade instauradora, não obsta que aquela efetivamente competente julgue e inflija a punição adequada, sem que esse ato caracterize dupla irrogação de pena, em razão de um mesmo fato ilícito.

Ainda neste momento, a autoridade instauradora também deve observar que, caso haja mais de um indiciado e a comissão tenha sugerido diversas sanções, o julgamento caberá à autoridade competente para a imposição da pena mais grave[273], conforme § 2º do artigo 167 da Lei nº 8.112/90, cuja literalidade impõe que "havendo mais de um indiciado e diversidade de sanções, o julgamento caberá à autoridade competente para a imposição da pena mais grave".

Nos termos do art. 141 da Lei nº 8.112/90, as competências para julgamento dos procedimentos disciplinares levam em conta as penalidades a serem aplicadas. Quanto mais grave a sanção disciplinar a ser aplicada, maior o grau da competência exigida da autoridade que proferirá o julgamento, nos seguintes termos:

Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas:

I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade;

II - pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias;

III - pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias;

IV - pela autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão.

Vale observar que, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Presidente da República, por meio do Decreto nº 3.035/99, delegou, aos respectivos Ministros de Estado de cada pasta e ao Advogado-Geral da União, vedada a subdelegação, a competência para a aplicação das penas de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade do servidor público apenado.

Decreto nº 3.035/99

Art. 1º Fica delegada competência aos Ministros de Estado e ao Advogado-Geral da União, vedada a subdelegação, para, no âmbito dos órgãos da administração pública federal direta, autárquica e fundacional que lhes são subordinados ou vinculados, observadas as disposições legais e regulamentares, especialmente a manifestação prévia e indispensável do órgão de assessoramento jurídico, praticar os seguintes atos:

I - julgar processos administrativos disciplinares e aplicar penalidades, nas hipóteses de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidores;

II - exonerar de ofício os servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo ou converter a exoneração em demissão;

273 § 2º do Art. 167 da Lei nº 8.112/90.

> *III - destituir ou converter a exoneração em destituição de cargo em comissão de integrantes do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores, níveis 5 e 6, e de Chefe de Assessoria Parlamentar, código DAS-101.4;*
>
> *IV - reintegrar ex-servidores em cumprimento de decisão judicial, transitada em julgado.*

Entretanto, nos termos da parte final do art. 1º do mencionado Decreto, antes de praticar tais atos, essas autoridades devem submeter o feito à prévia e indispensável manifestação do respectivo órgão de assessoramento jurídico. Destaca-se que essa manifestação não possui caráter vinculativo, consoante Parecer AGU nº GQ-177 – vinculante, segundo o qual "(...) O entendimento externado por Consultoria Jurídica, no respeitante a processo disciplinar, constitui-se em simples ato de assessoramento e não se reveste do poder de vincular a autoridade julgadora".

Geralmente, a autoridade julgadora, ao aprovar um parecer jurídico, passa a adotá-lo como fundamento de sua decisão no âmbito do processo disciplinar, de modo que a motivação de seu julgamento se encontra na peça opinativa, nos termos do previsto no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99, abaixo transcrito:

> *Art. 50. (...)*
>
> *§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*

Assim, no âmbito do Poder Executivo Federal, os Ministros de Estado acumulam, além da competência delegada pelo Presidente da República, a competência para aplicação de suspensão superior a 30 (trinta) dias.

O art. 1º, § 2º, do Decreto nº 3.035/99, fez uma ressalva em relação aos ocupantes de cargo de natureza especial e ao titular de autarquia e fundação pública. Para esses casos, não houve delegação, sendo que, para a aplicação da penalidade de demissão a essas autoridades, o julgamento do PAD caberá ao Presidente da República. No mesmo sentido leciona Vinícius de Carvalho Madeira, *in verbis*:

> *(...) esta delegação se aplica apenas aos servidores comuns e autoridades que não sejam detentores de cargos de natureza especial (secretários-executivos dos Ministérios, por exemplo) e dos titulares de Fundações Públicas e Autarquias (Presidente do IBGE, Presidente do INSS etc.)*[274].

Vale ressalvar a competência da Controladoria-Geral da União para conduzir e julgar processos disciplinares em desfavor de servidores e empregados do Poder Executivo Federal, incluindo aí os dirigentes máximos das entidades vinculadas, conforme previsão legal, na redação da Lei 13.844/2019, regulamentada pelo Decreto nº 5.480/2005, possuindo base normativa própria e independente do Decreto nº 3.035/1999.

Destaca-se que a competência para julgar e aplicar penalidades é da autoridade competente da unidade de lotação do servidor à época do julgamento, ainda que as irregularidades tenham sido cometidas fora dessa sua unidade de lotação ou antes de eventual remoção ou investidura em novo cargo.

13.2. CASOS DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DA AUTORIDADE JULGADORA

Antônio Carlos Alencar Carvalho[275], ao abordar o pressuposto da isenção e da imparcialidade da autoridade administrativa julgadora, menciona a seguinte passagem bíblica "*parcialidade no julgar não é bom*" (Provérbios 24:23b).

O ensinamento bíblico remete ao raciocínio de que a imparcialidade do julgador deve fazer parte do senso comum, pois aquele que detém tal munus deve exercê-lo de forma isenta, sem paixões, predileções

274 MADEIRA, 2008, p. 130.

275 CARVALHO, 2008, p. 676.

ou perseguições para nenhum dos lados, podendo ser classificada com verdadeira aberração a existência de uma autoridade julgadora contaminada pela parcialidade.

No âmbito processual, objetivando garantir a necessária imparcialidade do julgador, dentre outras garantias, o Código de Processo Civil prescreve os casos de impedimento e suspeição da autoridade julgadora[276]. Acerca deste assunto, Elpídio Donizetti[277] observa que:

O juiz tem o dever de oferecer garantias de imparcialidade aos litigantes. Não basta ao juiz ser imparcial, é preciso que as partes não tenham dúvida dessa imparcialidade. Havendo motivos que levem as partes a duvidar da lisura da atuação, deve o juiz se abster de julgar a causa, sob pena de ser recusado (art. 137).

Do mesmo modo que ocorre no âmbito da esfera civil, o Código de Processo Penal, nos artigos 252 e ss., também trata dos casos de impedimento e suspeição do órgão julgador – juiz – nos processos criminais.

Na esfera administrativa não poderia ser diferente, pois assim como nos procedimentos judiciais, em que se exige a atuação imparcial do órgão julgador, nos processos administrativos punitivos também se requer a mesma garantia daqueles que atuam na seara disciplinar.

Sobre essas garantias, Antônio Carlos Alencar Carvalho[278] ensina que:

(...) o ordenamento jurídico pátrio capitula que as atividades em processos administrativos punitivos somente podem ser exercidas por agentes públicos com ampla isenção e independência para atuar em nome de uma Administração Pública que deve sempre agir sob o ditado a impessoalidade e do tratamento isonômicos dos seus administrados (art. 37, caput, Constituição Federal de 1988).

Entretanto, a Lei nº 8.112/90 disciplinou apenas algumas hipóteses de impedimento dos membros da comissão em relação ao acusado, vedando a participação em procedimento disciplinar servidor que seja cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau[279]. Em relação à autoridade julgadora, não há no Estatuto nenhum disciplinamento legal tratando dos casos de impedimento e suspeição da autoridade julgadora.

Considerando essa lacuna legal, aplicam-se de forma subsidiária nos procedimentos de apuração disciplinar, as causas de impedimento e suspeição elencadas na Lei nº 9.784/99. O art. 18 da referida lei trata das hipóteses de impedimento, conforme transcrito abaixo:

> *Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:*
>
> *I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;*
>
> *II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;*
>
> *III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.*

Estabelece ainda o art. 19 da Lei nº 9.784/99 que a autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato a autoridade competente, abstendo-se de atuar, sendo que a omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave para efeitos disciplinares, conforme parágrafo único do mesmo dispositivo.

Por outro lado, considerando que a suspeição decorre de uma causa subjetiva, essas causas relativas de incapacidade não geram necessariamente o estorvo para atuar no feito, nem a obrigatoriedade de co-

276 Arts. 144 e 145 do Código de Processo Civil.

277 DONIZZETI, 2011, p. 187.

278 CARVALHO, 2008, p. 677.

279 § 2º, Art. 149 da Lei nº 8.112/90;

municar a situação à autoridade superior. Para ser reconhecida a suspeição, caso a autoridade julgadora não se dê por suspeita, o acusado deverá arguir tal obstáculo. Nesse sentido é a doutrina de Antonio Carlos Alencar Carvalho:

A diferença é que, no caso [de suspeição], inexiste o dever de declaração de ofício como ocorre no impedimento, porquanto a suspeição deve ser suscitada pelo servidor acusado, o que, todavia, não impede que o agente público com poder decisório tome de logo a iniciativa. A alegação de suspeição, se dela discordar a autoridade julgadora, deverá ser remetida à autoridade hierárquica superior, para decisão.[280]

Os casos de suspeição estão tratados no art. 20 da Lei nº 9.784/99. O referido dispositivo legal estabelece que pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com alguns dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau. Considerando que a lei trata a suspeição como uma possibilidade, caso não seja alegada nem a autoridade se declare suspeita, o vício estará sanado.

> *Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.*

Deve ser observado que a lei requer a caracterização da amizade íntima ou inimizade notória da autoridade julgadora[281] em relação ao acusado para o reconhecimento da suspeição. Importante registrar que não se trata aqui da existência ou inexistência de mero contato profissional diariamente, para que seja configurada a suspeição. Esse é o posicionamento de Marcos Salles Teixeira:

A amizade íntima pressupõe relacionamento além dos limites laborais, com visitas familiares, lazer conjunto e ligação afetiva de companheirismo e preocupação pessoal. Por outro lado, a inimizade notória também requer um conflito que ultrapasse mera reação de baixa empatia ou mesmo antipatia, de conhecimento geral pelo menos dentro do ambiente da repartição.[282]

As situações de impedimento ou de suspeição poderão ser reconhecidas pela própria autoridade julgadora ou alegadas pela defesa. No primeiro caso o processo deverá, de imediato, ser remetido ao substituto legal daquela autoridade. No segundo caso, a autoridade arguida deverá manifestar-se, de forma fundamentada, submetendo à apreciação de autoridade superior.

As exceções de impedimento e suspeição são incidentais e não suspendem o curso do processo, conforme arts. 111 e 112 do Código de Processo Penal, de aplicação subsidiária ao processo disciplinar[283].

> *Art. 111. As exceções serão processadas em autos apartados e não suspenderão, em regra, o andamento da ação penal.*
>
> *Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.*

13.3. O VALOR DO RELATÓRIO PARA O JULGAMENTO

Na lógica adotada pela Lei nº 8.112/90, o trabalho realizado pela Comissão Processante, cujo resultado final está consubstanciado no Relatório Final, goza de especial proteção, determinando que o julga-

280 CARVALHO, 2008, p. 679.

281 As situações de impedimento e suspeição aplicam-se, também, a qualquer servidor ou autoridade que atue no procedimento disciplinar, como por exemplo, membro de comissão processante ou testemunha, conforme já comentado em itens precedentes.

282 TEIXEIRA, 2020, p. 711.

283 O art. 146, § 2º, do Código de Processo Civil indica a possibilidade de que referidos incidentes sejam recebidos, naquele tipo de processamento, no efeito suspensivo.

mento deverá acatar a mencionada peça derradeira, salvo quando contrária às provas dos autos[284]. Essa é a prescrição legal contida no art. 168 da Lei nº 8.112/90 e do Parecer AGU nº GQ-135, não vinculante, in verbis:

> *Lei nº 8.112/90*
>
> *Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.*
>
> *Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.*
>
> *Parecer AGU nº GQ-135, não vinculante*
>
> *Ementa: Na hipótese em que a veracidade das transgressões disciplinares evidencia a conformidade da conclusão da comissão de inquérito com as provas dos autos, torna-se compulsório acolher a proposta de aplicação de penalidade.*

É importante observar que no âmbito disciplinar também vige o princípio do livre convencimento, ou seja, a autoridade julgadora formará seu livre convencimento a partir das provas carreadas aos autos. Dessa forma, considerando que as apurações foram corretamente realizadas e as buscas de provas esgotadas, é de se esperar que as conclusões finais lançadas pela CPAD no Relatório Final tenham levado em consideração tudo o que foi apurado e que está devidamente provado nos autos. É a partir desse conjunto probatório que a autoridade formará sua convicção.

Entretanto, apesar de a lei privilegiar o trabalho realizado pela Comissão, determinando que a autoridade, ao proferir o julgamento, acate, em princípio, o Relatório, essa prescrição legal não é absoluta, conforme visto acima. A autoridade pode discordar das conclusões finais do Trio Processante, mas, para trilhar caminho diverso daquele apontado pela CPAD, a autoridade julgadora somente poderá adotar outro procedimento se motivar sua decisão.

De outro lado, o § 4º do art. 167 da Lei nº 8.112/90 prescreve que caso seja reconhecida pela Comissão a inocência do servidor ou a ausência de prova suficiente para formar um juízo condenatório, a autoridade instauradora do processo determinará o seu arquivamento, salvo se flagrantemente contrária à prova dos autos.

Caso a comissão aponte a inocência do servidor e a autoridade julgadora encontre contradição entre a conclusão e a prova dos autos, a incoerência da comissão deve ser flagrante, cristalina, não deixar dúvidas, para permitir uma decisão diferente do que foi sugerido pelo trio processante, pois, se no juízo de admissibilidade e na apuração dos fatos, vige o princípio do "*in dubio pro societate*", no julgamento vigora o do "*in dubio pro reo*".

A AGU já se manifestou em várias ocasiões acerca da aplicação do princípio do "in dubio pro reo" na fase de julgamento do processo disciplinar. Senão vejamos:

> *Parecer AGU nº GQ-173, não vinculante*
>
> *Ementa: A administração pode editar o ato punitivo apenas na hipótese em que esteja convencida quanto à responsabilidade administrativa do servidor a quem se imputa a autoria da infração. A dúvida deve resultar em benefício do indiciado.*
>
> *Parecer AGU nº GM-3, não vinculante*
>
> *Ementa: (...) Incumbe à administração apurar as irregularidades verificadas no serviço público e demonstrar a culpabilidade do servidor, proporcionando seguro juízo de valor sobre a verdade dos fatos. Na dúvida sobre a existência de falta disciplinar ou da autoria, não se aplica penalidade, por ser a solução mais benigna. (...)*

284 Art. 168 da Lei nº 8.112/90.

A autoridade julgadora também deve ficar atenta, pois caso seja verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior deverá declarar a nulidade, total ou parcial, do procedimento e ordenar, no mesmo ato, a constituição de outra Comissão para a instauração de novo apuratório[285].

Ao proferir a decisão, de acordo com os apontamentos de Léo da Silva Alves[286], abrem-se para a autoridade julgadora as seguintes possibilidades:

a) Concordar em parte com o relatório. Nesse caso, apesar de a autoridade reconhecer a falta disciplinar, aplica pena diferente daquela recomendada pela Comissão, abrandando ou agravando a situação do funcionário;

b) Não concordar com a conclusão da comissão de aplicar sanção ou absolver o servidor. Caso seja essa a decisão, a autoridade poderá, respectivamente, absolver o acusado ou, ao contrário, aplicar punição, em confronto com a conclusão da comissão que sustentava a absolvição do indiciado;

c) Não aceitar as conclusões e entender pela necessidade de refazimento dos trabalhos. A autoridade não se sente habilitada a julgar apenas com os elementos constantes dos autos, por entender que a instrução foi deficiente, as provas eram frágeis e diligências indispensáveis foram negligenciadas, isto é, não imprimiram grau de certeza à autoridade para proferir o julgamento. Nesse caso, deverá ser determinado o refazimento dos trabalhos, com a constituição de novo Trio Processante com os mesmos integrantes ou não.

Por fim, deve-se reforçar a necessidade de que, qualquer que seja a solução adotada pela autoridade, a sua decisão deverá ser motivada, sob pena de nulidade, em homenagem ao art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/99, que determina a necessidade de motivação dos atos administrativos.

Conforme lembra Léo da Silva Alves[287], "*(...) por ser um ato de julgamento, equipara-se o administrador público, neste particular, ao magistrado a quem a Constituição Federal deu o dever de motivar os seus julgados*".

Por fim, a autoridade julgadora deve ficar atenta à razoabilidade de sua decisão, utilizando-se do equilíbrio, do senso de justiça e de bom senso para decidir, especialmente nos casos em que se deparar com condutas culposas, eventuais e escusáveis, de ínfimo poder ofensivo às normas e princípios, ou que não sejam capazes de materialmente causarem dano ao bem jurídico protegido pela regra.

Neste tocante, vale mencionar o ensinamento de Fábio Medina Osório[288]:

> *(...) Não é porque se trate [a Administração] de um ambiente profissional, onde haja deveres de informação, mais acentuados, que se desprezará o espaço aos erros razoáveis, dentro dos parâmetros técnicos reconhecidamente aplicáveis ao setor especializado. Afinal, os profissionais também erram, e de modo escusável, mesmo os maiores especialistas.*

O agente público não pode se abster da percepção da falibilidade humana, seja por erro de fato (na apreciação da matéria substancial por parte do servidor), seja por erro de direito (na apreciação da normatização de regência), consoante explicitado no item 10.4.4 deste Manual.

13.4. O ACUSADO SE DEFENDE DOS FATOS

Em decorrência da previsão contida no parágrafo único do art. 168 da Lei nº 8.112/90, que aponta a possibilidade de a autoridade julgadora, desde que motivadamente, agravar, abrandar ou isentar de responsabilidade o servidor acusado, entende-se que o indiciado se defende dos fatos e não do enquadramento legal.

285 Art. 169 da Lei nº 8.112/90.

286 ALVES, 2008, p. 236, adaptado.

287 ALVES, 2008, p. 236.

288 OSÓRIO, 2005, p. 460,

Art. 168. (...)

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

Dessa forma, a autoridade poderá, se assim entender, enquadrar os fatos sobre os quais houve defesa em capitulação legal diferente daquela que a Comissão, eventualmente, tenha apontado. Marcos Salles Teixeira[289] explica que:

> *(...) Como a indiciação baseia-se em acusações de fato e, em consequência, o indiciado defende-se contra a imputação do fato e não do enquadramento legal, no ato de julgamento, a autoridade competente tem livre convencimento para adotar a sua leitura jurídica do fato.*

No mesmo sentido já se manifestou a Advocacia-Geral da União por meio do Parecer AGU nº GQ-121, não vinculante, segundo o qual "*(...) a omissão ou substituição de dispositivo, com vistas ao enquadramento e punição da falta praticada, não implica dano para a defesa, advindo nulidade processual, em consequência*".

Assim, caso a comissão processante tenha realizado adequadamente o indiciamento, indicando todos os fatos imputados ao acusado, de forma a proporcionar delimitação da defesa a ser feita pelo servidor, não há óbice para que a autoridade julgadora modifique a tipificação das condutas do acusado, sem que isso implique em nulidade ou cerceamento de defesa, conforme jurisprudência do STJ:

> *MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. GESTORA DA CAIXA DE ECONOMIAS DA BASE DE ABASTECIMENTO DA MARINHA DO RIO DE JANEIRO-BAMRJ. APROPRIAÇÃO DE VALORES. MANIPULAÇÃO DE CONTAS CORRENTES. CONFISSÃO, PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS. INFRAÇÃO CABALMENTE COMPROVADA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊCIA. SÓ INTERROMPE A PRESCRIÇÃO A SINDICÂNCIA SUMÁRIA PARA APURAÇÃO DA FALTA ADMINISTRATIVA. NULIDADE POR ALTERAÇÃO NA TIPIFICAÇÃO INICIAL DA INFRAÇÃO. A CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA ATRIBUÍDA INICIALMENTE AO ILÍCITO ADMINISTRATIVO NÃO OBRIGA A AUTORIDADE QUE IMPÕE A SANÇÃO. INEXISTENTE DE INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DE DOSIMETRIA DA PENA. PROPORCIONALIDADE DA PENA DE DEMISSÃO EM FACE DAS INFRAÇÕES COMETIDAS PELA IMPETRANTE. ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. A prescrição da pretensão punitiva do Estado se interrompe com a Sindicância ou Processo Administrativo Disciplinar destinado a apurar as infrações disciplinares previamente identificadas por procedimento preparatório que esclarece os fatos. Não obstante a existência de investigação para elucidar os elementos preliminares do delito administrativo à época dos fatos, a prescrição só se interrompe com a Sindicância ou PAD que culmina com a aplicação da penalidade administrativa.*
>
> *2.* ***A autoridade coatora apontada, que impõe a pena de demissão, vincula-se aos fatos apurados e não à capitulação legal proposta pela Comissão Processante. Da mesma forma, o indiciado se defende dos fatos contra ele imputados, não importando a classificação legal inicial, mas sim a garantia da ampla defesa e do contraditório. Por isso, a modificação na tipificação das condutas pela Autoridade Administrativa não importa nem em nulidade do PAD, nem no cerceamento de defesa.***
>
> *(...)*
>
> *5. A dosimetria na aplicação da pena foi devidamente respeitada, consoante se verifica nas Conclusões do Relatório da Comissão de Instauração de Processo Administrativo Disciplinar, que ponderou as faltas cometidas pela Servidora e impôs a pena de demissão. Medida que encontra respaldo no princípio da proporcionalidade.*
>
> *6. Ordem denegada.*
>
> *(MS 13.364/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 26/5/08).*

289 TEIXEIRA, 2020, p. 1721.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRELIMINARES DESACOLHIDAS. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRIDO PROCESSAMENTO REGULAR. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE NA SANÇÃO. OCORRÊNCIA. ANULAÇÃO DA PORTARIA DEMISSIONAL.

1. Cuida-se de writ impetrado com o fito de anular processo administrativo disciplinar, bem como portaria de demissão; a penalidade derivou de um complexo processo administrativo, instaurado após operação da Polícia Federal, que visava punir servidores por irregularidades na emissão de certidões previdenciárias.

2. A via mandamental mostra-se adequada para perseguir a anulação de ato demissional quando se alega e comprova que este mostrou-se excessivo, e não amparado nas provas dos autos. Rejeito a preliminar de inadequação.

Precedente: MS 14.993/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 16.6.2011.

(...)

5. ***Quanto ao mérito, cabe frisar que a alegação de cerceamento da defesa está baseada no fato de que a autoridade julgadora o puniu com demissão, acatando o parecer da consultoria jurídica, que reinterpretou as provas dos autos; a comissão processante havia - também fundamentadamente - recomendado a punição com advertência ou suspensão. No entanto, não procede a pretensão de que a alteração da capitulação legal obrigue a abertura de nova defesa, já que o indiciado se defende dos fatos, e não dos enquadramentos legais. Precedente: MS 14.045/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 29.4.2010.***

.....

8. Prejudicado o agravo regimental. Segurança parcialmente concedida.

(MS 15.810/DF, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 30/3/12)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MAGISTRADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. PENA. APLICAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.

*1. "****O indiciado se defende dos fatos que lhe são imputados e não de sua classificação legal, de sorte que a posterior alteração da capitulação legal da conduta, não tem o condão de inquinar de nulidade o Processo Administrativo Disciplinar; a descrição dos fatos ocorridos, desde que feita de modo a viabilizar a defesa do acusado, afasta a alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa****" (MS 14.045/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Terceira Seção, DJe 29/4/10).*

2. Recurso ordinário improvido, ressalvando-se ao recorrente o direito de buscar as vias ordinárias.

(RMS 41.562, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 04/12/2013)

Portanto, poderá a autoridade julgadora, se assim entender, enquadrar os fatos sobre os quais houve defesa, em capitulação legal diferente daquela que a Comissão, eventualmente tenha apontado, ainda que para aplicar penalidade mais grave.

Acerca do tema, a Comissão de Coordenação de Correição, em sua 19ª reunião aprovou proposta de Enunciado, nos seguintes termos:

AGRAVAMENTO DA SANÇÃO PELA AUTORIDADE JULGADORA SEM NOVA MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. A autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, sendo desnecessária a abertura de novo prazo para a apresentação de defesa.

Enunciado CGU nº 21, publicado no DOU de 28 de fevereiro de 2018, seção 1, p. 81

De acordo com o voto que fundamentou o enunciado aprovado, a interpretação segundo a qual o acusado se defende dos fatos indicados no indiciamento e não do enquadramento, guarda identidade com o disposto nos arts. 383 e 385 do Código de Processo Penal[290], pelo princípio da correlação entre acusação e sentença, onde o réu defende-se dos fatos, e não da capitulação jurídica apresentada. De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho[291], embora a doutrina nomine essa correção *emendatio libelli*, dando a entender que o Juiz está emendando a peça acusatória, na verdade a expressão explicita, simplesmente, o velho princípio jurisdicional narra *mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e eu te darei o direito):

> *"No particular, duas situações podem verificar-se: a emendatio libelli e a mutatio libelli.*
>
> *Se a peça acusatória descrever o fato criminoso perfeitamente, mesmo tendo havido uma errada classificação da infração, não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. Afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato, mas sim deste. Quando o réu é citado, dar-se-lhe conhecimento do fato, que se lhe imputa. É desse fato que ele se defende. Assim, uma errada classificação da infração não pode constituir obstáculo à prolação de eventual sentença condenatória. A propósito, dispõe o art. 383 do CPP:*
>
> *"O Juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave."*
>
> *Diz-se, até, que nessa hipótese nem haverá uma alteração do libelo, isto é, uma alteração da peça acusatória, mas, simplesmente, uma corrigenda (emendatio libelli).*
>
> *Aí, três hipóteses podem ocorrer: a) a pena não se altera; b) modifica-se para melhor; c) modifica-se para pior.*
>
> *(…)*
>
> *Inteira aplicação tem, aqui, o refrão narra mihi factum dabo tibi jus. Certo que deve haver correlação entre a sentença e a acusação. Mas essa relação mútua há de se verificar entre a decisão e a capitulação dada à causa petendi, que é o próprio fato. Assim, na emendatio libelli o fato é o mesmo, absolutamente o mesmo; o Juiz limita-se a corrigir a qualificação jurídico-penal."*

A ressalva que se faz em relação a este ponto é que o julgamento que eventualmente enquadre os fatos em capitulação legal diferente da apontada pela CPAD, não poderá resultar no agravamento da situação do indiciado por fatos que não constaram da indiciação, tendo em vista que, conforme já estudado anteriormente, a indiciação delimita a acusação e, portanto, não pode o servidor ser apenado por fatos sobre os quais não se formaram o contraditório e a ampla defesa.

Caso a autoridade julgadora entenda necessário apreciar elementos fáticos que escaparam à indiciação, e que serão considerados na formação de convicção para o julgamento, e sobre os quais não houve defesa, a autoridade responsável deverá determinar o refazimento dos trabalhos, com nova indiciação e reabertura de prazo para defesa. Acerca dessa situação, a doutrina de Francisco Xavier da Silva Guimarães[292] ensina que:

> *(...) o despacho de indiciamento tem por fim delimitar, processualmente, a acusação, o que significa dizer que a autoridade competente para o julgamento não poderá levar em conta fatos que não tenham sido articulados em seu contexto, sobre os quais não se estabeleceu contraditório e defesa.*

Cumpre esclarecer, no entanto, que, caso o novo Trio Processante, que pode ser formado pelos mesmos membros ou outros, entenda que não há razão e elementos suficientes para indiciar o servidor por novos fatos, conforme deseja a autoridade instauradora, não há essa obrigatoriedade. Isto porque a

290 Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave. Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

291 TOURINHO FILHO, 2012. p. 353.

292 GUIMARÃES, 2006, p. 157.

Comissão é independente e não deve indiciar servidor algum pelo simples fato de a autoridade julgadora entender assim.

13.5. JULGAMENTO OBJETIVO PARA AS PENAS CAPITAIS

Para aqueles que militam na seara do direito disciplinar, é corrente o entendimento que para as penas capitais não há possibilidade de atenuação, não havendo possibilidade de aplicação da dosimetria da pena, como é possível para as sanções de advertência e suspensão. Para as penas mais brandas, entende-se que a aplicação da dosimetria deve ser feita, até mesmo em razão do previsto no art. 128 da Lei nº 8.112/90 que determina que "na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais".

A Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer-AGU nº GQ-127, não vinculante, aponta exatamente no sentido da possibilidade de graduar a pena, tendo em vista a necessidade de se aferir todos os elementos relacionados no art. 128 acima mencionado, para se chegar à pena a ser aplicada. Diz o mencionado parecer que "*(...) nada obstante a advertência ser a penalidade estatuída para os casos de inobservância de dever funcional, os fatores de graduação de pena, especificados no art. 128 da Lei nº 8.112 de 1990, podem justificar punição mais grave*".

Ao enquadrar um ilícito em determinado dispositivo da lei durante a fase de indiciamento e em seu Relatório Final, a Comissão deve estar atenta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que devem servir de parâmetro na graduação da sanção proposta, especialmente de advertência e suspensão, pois conforme ensina Marcos Salles Teixeira, "*(...) uma vez definido o enquadramento, a pena é vinculada; mas a definição do enquadramento, que antecede a vinculação da pena, esta sim é plenamente sujeita à percepção dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*".

Entretanto, para os casos em que se configurarem as hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112/90, o entendimento majoritário aponta no sentido da inadequação da aplicação do princípio da proporcionalidade para os casos de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, considerando a inexistência de comunicação entre as penas capitais e as penas de advertência e suspensão.

Acerca da impossibilidade de atenuação da pena de demissão, a Advocacia-Geral da União já se pronunciou em mais de uma oportunidade, firmando o entendimento exatamente nos termos aqui expostos. Citam-se como exemplos os Pareceres AGU nº 183 e nº 177, vinculantes, com manifestação nos seguintes termos:

> *Parecer AGU nº GQ – 177, vinculante*
>
> *Ementa: Verificadas a autoria e a infração disciplinar a que a lei comina penalidade de demissão, falece competência à autoridade instauradora do processo para emitir julgamento e atenuar a penalidade, sob pena de nulidade de tal ato (...).*
>
> *10. (...) Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, arts. 132 e 134, cominam a aplicação da pena de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, esta medida se impõe sem qualquer margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa (...) para omitir-se na apenação.*
>
> *Parecer AGU nº GQ – 183, vinculante*
>
> *Ementa: É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art. 132 da Lei nº 8.112/90, de 1990. (...)*
>
> *7. Apurada a falta a que a Lei nº 8.112, de 1990, arts. 129, 130, 132, 134 e 135, comina a aplicação de penalidade, esta medida passa a constituir dever indeclinável, em decorrência do caráter de norma imperativa de que se revestem esses dispositivos. Impõe-se a apenação sem qualquer*

margem de discricionariedade de que possa valer-se a autoridade administrativa para omitir-se nesse mister. (...)

8. Esse poder é obrigatoriamente desempenhado pela autoridade julgadora do processo disciplinar (...).

Nesse mesmo sentido, é a doutrina de Vinícius de Carvalho Madeira[293]:

Este entendimento – confirmado em vários pareceres (v.g., GQ-177) vem do fato de que o art. 132 da Lei nº 8.112/90 diz que a demissão será aplicada nas hipóteses ali descritas. Ela não poderá ser aplicada, mas terá de ser aplicada. Ou seja, se a conduta for enquadrada pela autoridade julgadora dentre uma das hipóteses no art. 132 só há pena possível a ser aplicada – demissão –, mesmo porque este artigo diz que a pena de demissão será aplicada.

Apesar do entendimento sedimentado acerca da impossibilidade de atenuação na aplicação de penas capitais, é importante alertar o posicionamento jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ, com decisões contrárias a essa tese. Assim, mesmo para os casos previstos no art. 132 da Lei nº 8.112/90, a autoridade julgadora deveria analisar, no caso concreto, o princípio da proporcionalidade e aplicar, se as circunstâncias permitirem, pena diferente da demissão, conforme se manifestou o Tribunal nos julgados abaixo:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. REVELIA. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR FORMALMENTE REGULAR. APLICAÇÃO DA SANÇÃO DEMISSÓRIA À SERVIDORA PÚBLICA COM MAIS DE 30 ANOS DE SERVIÇO, SOB O FUNDAMENTO DE ABANDONO DE CARGO. ART. 132, II DA LEI 8.112/90. INOBSERVÂNCIA DA REGRA DE OURO DA PROPORCIONALIDADE. ANTECEDENTES FUNCIONAIS FAVORÁVEIS. ART. 128 DA LEI 8.112/90. ORDEM CONCEDIDA EM CONFORMIDADE COM O PARECER MINISTERIAL. Ementa:

(...) 5. Embora as sanções administrativas disciplinares aplicáveis ao Servidor Público sejam legalmente fixadas em razão da própria infração - e não entre um mínimo e máximo de pena, como ocorre na seara criminal - não está a Administração isenta da demonstração da proporcionalidade da medida (adequação entre a infração e a sanção), eis que deverá observar os parâmetros do art. 128 da Lei 8.112/90 (natureza e gravidade da infração, danos dela decorrentes e suportados pelo Serviço Público, circunstâncias agravantes e atenuantes e ainda os antecedentes funcionais).

6. Assim, incide em ilegalidade o ato demissório do Servidor Público que ostenta mais de 30 anos ininterruptos de serviço sem qualquer punição administrativa, dando-se à sua ausência ao trabalho por 42 dias (de 23.7.2007 a 3.9.2007) o valor de abandono de cargo, punível com a demissão (art. 132, II da Lei 8.112/90); as sanções disciplinares não se aplicam de forma discricionária ou automática, senão vinculadas às normas e sobretudo aos princípios que regem e norteiam a atividade punitiva no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar ou Sancionador.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 13.791/DF - 2008/0192543-9. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 25/4/2011)

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGADO DE POLÍCIA. DEMISSÃO. UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO ROUBADO. CRIME DE RECEPTAÇÃO E UTILIZAÇÃO DOLOSA DO VEÍCULO NÃO COMPROVADOS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO. INDEFERIMENTO DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. Ementa:

(...) 3. Na aplicação de penalidade, deve a Administração observar o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: "exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado" (Suzana de Toledo Barros).

293 MADEIRA, 2008, p. 137.

4. Hipótese em que se mostra desproporcional a aplicação da pena de demissão ao recorrente, Delegado de Polícia do Estado de São Paulo com mais de dezesseis anos de serviço e sem antecedentes disciplinares, por ter sido flagrado dirigindo veículo anteriormente roubado, sem que restasse comprovada no processo administrativo disciplinar a que foi submetido a prática do crime de receptação de que foi acusado ou o dolo na utilização do veículo.

5. Recurso ordinário parcialmente provido para anular a portaria de demissão e determinar a reintegração do recorrente ao cargo público, ressalvada à Administração a aplicação de penalidade de menor gravidade, pelos ilícitos administrativos já apurados, se for o caso.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 25.211/DF - 2007/0225067- 6. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 19/5/2008)

Conforme se extrai dos julgamentos mencionados, o STJ vem entendendo que para a aplicação do direito sancionador, exige-se do Administrador Público a observância obrigatória de todas as garantias subjetivas consagradas no Processo Penal contemporâneo, considerando que, ao exercitar a atividade sancionatória, a Administração pratica atos materialmente jurisdicionais, não sendo cabíveis, portanto, posturas que se afastam dos postulados jurisdicionais, podendo a decisão administrativa que não atentar para esses aspectos ser considerada como autoritária e arbitrária, e portanto, nula.

Há, porém, outras decisões da mesma Corte, corroborando o posicionamento da AGU, no sentido de que quando a conduta do investigado se amoldar às hipóteses do artigo 132 da Lei nº 8.112/90, a Administração não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por trata-se de ato vinculado. Senão vejamos:

EMENTA: (...) 9. A Administração Pública, quando se depara com situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão ou cassação de aposentadoria, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa por tratar-se de ato vinculado. Configurada a infração do art. 117, XI, da Lei 8.112/90, deverá ser aplicada a pena de demissão, nos termos do art. 132, XIII, da Lei 8.112/90, sob pena de responsabilização criminal e administrativa do superior hierárquico desidioso.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 15.517/DF - 2010/0131058-6. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 18/2/2011

(No mesmo sentido: MS 15.437/DF, Relator Ministro Castro Meira, 26/11/2010 e MS 12.200/DF, Relator Ministro Castro Meira, 3/4/2012)

EMENTA: (...) 3. Não está configurada afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visto que, por força do disposto no art. 132 da Lei 8.112/90 e dos fatos apurados, à autoridade administrativa não cabia optar discricionariamente por aplicar pena diversa da demissão.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 17.515/DF - 2011/0210084-0. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 3/4/2012)

Uma vez que tal posicionamento do Superior Tribunal de Justiça se deu apenas em casos isolados, considerando a divergência dentro do próprio Tribunal e tendo em vista que a Lei nº 8.112/90 não dá espaço para que a autoridade julgadora utilize dessa dosimetria nos casos de penas capitais, esta CGU mantém o entendimento de aplicar tais penalidades quando a irregularidade praticada estiver assim capitulada.

Assim, no âmbito da Administração Pública Federal, o entendimento esposado pelo STJ nos casos citados tem aplicação, conforme artigo 128 da Lei nº 8112/90, para todas as penalidades, excetuando-se as previstas no artigo 132 da Lei nº 8112/90, por ser ato vinculado. Esta proporcionalidade pode ser vista quando se agrava a penalidade de advertência (art. 129 "in fine", da Lei nº 8.112/90), ou ainda, na dosimetria da penalidade de suspensão entre 1 e 90 dias.

Importante ressaltar que, pelo princípio da proporcionalidade, não se poderá deixar de aplicar penalidade, devendo o mínimo legal (advertência) ser respeitado. Do mesmo modo, um fato enquadrado em advertência ou suspensão não poderá ser agravado para demissão, sendo o artigo 132 da Lei nº 8.112/90 taxativo nos casos de demissão e cassação de aposentadoria.

Da discussão aqui colocada percebe-se, ainda mais, a importância do trabalho da comissão ao, a partir das provas coletadas, proceder ao enquadramento da infração disciplinar que, ao final, fixará a competência para julgamento e vinculará, nas hipóteses mencionadas, a penalidade cabível.

14. RITO SUMÁRIO

14.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Procedimento Sumário foi instituído pela Lei nº 9.527/97, que alterou alguns artigos da Lei nº 8.112/90. Este rito diferenciado do processo disciplinar tem o objetivo de promover a celeridade da demanda e garantir a economia processual.

São três as transgressões disciplinares abordadas pelo rito sumário, quais sejam: o abandono de cargo, a inassiduidade habitual e a acumulação ilícita de cargos, empregos ou funções públicas. São infrações que, pela facilidade de comprovação em razão da materialidade pré-constituída – ou seja, já há um lastro probatório robusto da irregularidade -, demandam um procedimento instrutório mais simples, tornando-se mais célere e menos complexa a sua apuração. Contudo, não impede que sua fase apuratória seja aprofundada quando necessário, como, por exemplo, diante da ocorrência de falsificação de documento, caso em que deverá ser instalado o rito ordinário.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Mandado de Segurança nº 7.464, cuja ementa segue abaixo:

> *(...) III - A intenção do legislador - ao estabelecer o procedimento sumário para a apuração de abandono de cargo e de inassiduidade habitual - foi no sentido de agilizar a averiguação das referidas transgressões, com o aperfeiçoamento do serviço público. Entretanto, não se pode olvidar das garantias constitucionalmente previstas. Ademais, a Lei nº 8.112/90 - art. 133, § 8º - prevê, expressamente, a possibilidade de aplicação subsidiária no procedimento sumário das normas relativas ao processo disciplinar.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 7464/DF - 2001/0045029-6. Relator: Ministro Gilson Dipp, julgado em 31/3/2003)*

Denota-se que as garantias constitucionalmente previstas são os princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, dentre outros. Segundo Francisco Xavier[294], deve-se ter em conta que o processo possui natureza instrumental, não podendo constituir-se um obstáculo para a apuração dos fatos. Assim, nada impede a produção de provas mais consistentes quando houver necessidade. Ademais, qualquer que seja o rito processual, o processo disciplinar tem por objetivo a busca da verdade dos fatos irregulares que chegaram ao conhecimento da autoridade instauradora.

A criação do rito sumário, embora realizada no ano de 1997, atendeu ao disposto no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal[295], e mais recentemente pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que versa sobre a garantia constitucional da razoável duração do processo. Por meio dela, a demanda processual deve adequar-se à lide de modo a permitir a eficácia da decisão. Busca-se, deste modo, propiciar as condições necessárias para que a Administração possa se pronunciar de modo célere e eficiente em irregularidades apuradas por meio do rito sumário.

A formação de comissão processante por apenas dois membros e o prazo total para apuração de até 30 dias, com possível prorrogação por até 15 dias, são peculiaridades do rito sumário, consoante determina o § 7º do art. 133 da Lei nº 8.112/90, segundo o qual "*o prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não excederá trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias, quando as circunstâncias o exigirem*".

Caso seja necessário mais tempo, pode-se reconduzir a comissão por mais 30 dias prorrogáveis por mais 15 dias, e assim sucessivamente.

294 GUIMARÃES, 2006, p. 133 e 134.

295 LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Ocasionalmente, durante o procedimento apuratório, poderá acontecer de se constatar infração disciplinar diferente das três modalidades específicas para essa espécie de procedimento, como, por exemplo, da apuração decorrer a falta injustificada ao serviço. Nesse caso, deve-se converter o processo do rito sumário para o ordinário, com o escopo de que não haja nenhum prejuízo à defesa.

Ressalte-se que não haverá nulidade da demanda quando a apuração das três infrações disciplinares específicas para o rito sumário se der em procedimento ordinário, uma vez que aquele rito favorece ainda mais a defesa do acusado.

14.2. PROCEDIMENTO: ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS

A acumulação de cargos públicos está disposta na Constituição Federal, tendo como regra geral a sua vedação, salvo quando houver a compatibilidade de horário e nos casos específicos determinados pela Constituição. A regra geral, aplicável aos agentes públicos, encontra-se no art. 37, incisos XVI e XVII, conforme se lê[296]:

> *Art. 37. (...)*
>
> *XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
>
> *a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
>
> *b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*
>
> *c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001)*
>
> *XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

No campo da legislação ordinária, o procedimento sumário, adotado para a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções, é regulamentado pelo art. 133 da Lei nº 8.112/90. Com efeito, quando for detectada a acumulação ilícita, deve a autoridade instauradora notificar o servidor envolvido por meio de sua chefia imediata, oferecendo-lhe um prazo de dez dias para que escolha um dos cargos para permanecer vinculado. Consequentemente, do cargo preterido será exonerado o servidor. Dispomos abaixo a íntegra do art. 133 do Regime Jurídico:

> *Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases:*
>
> *I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração;*
>
> *II - instrução sumária, que compreende indiciação, defesa e relatório;*
>
> *III – julgamento.*
>
> *§1º A indicação da autoria de que trata o inciso I dar-se-á pelo nome e matrícula do servidor, e a materialidade pela descrição dos cargos, empregos ou funções públicas em situação de acumulação*

296 Além destas situações há outras duas, aplicáveis a magistrados e membros do Ministério Público, conforme arts. 95, parágrafo único, I e 128, § 5º, II, "d", respectivamente, da Constituição Federal.

ilegal, dos órgãos ou entidades de vinculação, das datas de ingresso, do horário de trabalho e do correspondente regime jurídico.

§2º A comissão lavrará, até três dias após a publicação do ato que a constituiu, termo de indiciação em que serão transcritas as informações de que trata o parágrafo anterior, bem como promoverá a citação pessoal do servidor indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata, para, no prazo de cinco dias, apresentar defesa escrita, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição, observado o disposto nos arts. 163 e 164.

§ 3º Apresentada a defesa, a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, opinará sobre a licitude da acumulação em exame, indicará o respectivo dispositivo legal e remeterá o processo à autoridade instauradora, para julgamento.

§ 4º No prazo de cinco dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no § 3º do art. 167.

§ 5º A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo.

§ 6º Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados.

§ 7º O prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não excederá trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias, quando as circunstâncias o exigirem.

§ 8º O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, subsidiariamente, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei.

Observe-se que a opção do servidor por um dos cargos acumulados ilegalmente acarretará a desnecessidade de instauração do processo disciplinar no rito sumário. Somente diante da omissão do servidor em escolher um dos cargos, a Administração terá a obrigação de instaurar o procedimento sumário. Mencionado procedimento se desenvolve por meio das respectivas fases de instauração, instrução sumária e julgamento, consoante o disposto nos incisos I, II e III do art. 133, descrito acima.

Após a publicação da portaria de instauração, a comissão processante tem o prazo de três dias para realizar o termo de indiciação com a indicação da autoria (por meio do nome e número de matrícula), materialidade da infração (descrevendo cargos, empregos ou funções acumuladas ilegalmente), assim como a incompatibilidade entre os horários (, levando-se em conta as orientações emanadas pela AGU por meio do Parecer Vinculante nº AM – 04, publicado na seção 1 do Diário Oficial da União de 9 de abril de 2019 e abordado no item 10.5.3.12.)

Constituído o Termo de Indiciação, a comissão promoverá a citação do acusado, que poderá ser pessoal ou por meio de sua chefia imediata. Após citado, o investigado terá um prazo de cinco dias para apresentar defesa escrita, sendo-lhe assegurada vista do processo na repartição.

Nesse período, poderá o servidor acusado optar por um dos cargos acumulados ilicitamente, o que afastará a aplicação de penalidade, resultando apenas na exoneração a pedido do cargo preterido. É o segundo e último momento em que o servidor pode escolher um dos cargos configurando-se, ainda, a presunção de boa-fé.

No caso de o acusado achar-se em local incerto e não sabido, será citado por edital. Quando citado regularmente e não apresentar defesa no prazo legal, o acusado será considerado revel, devendo-se designar defensor dativo para proporcionar a defesa, consoante os artigos 163 e 164 da Lei nº 8.112/90, já abordados/transcritos em outros tópicos.

Com a apresentação da defesa pelo acusado ou defensor dativo, a comissão processante elaborará relatório final, que deverá contemplar uma das seguintes recomendações:

a) arquivamento, quando não for verificada ilegalidade na acumulação; ou

b) a aplicação de penalidade, no caso, demissão, destituição de cargo em comissão ou cassação de aposentadoria de todos os cargos acumulados, ainda que de diferentes órgãos e de esferas diversas, quando restar demonstrada a acumulação ilícita de cargos, empregos ou funções públicas.

Nessa hipótese, a autoridade julgadora do processo em que se apurou a acumulação ilícita, deverá aplicar a penalidade expulsiva ao servidor e comunicar à autoridade competente do (s) outro (s) órgão (s) ou entidade (s), seja de que esfera for (em), para as providências visando ao desligamento do servidor.

A acumulação ilegal de cargos, empregos e funções públicas não enseja a restituição dos valores auferidos como remuneração do servidor.

Evita-se, dessa forma, o enriquecimento sem causa do Estado, uma vez que, segundo o § 5º do art. 133, a opção realizada pelo servidor até o último dia do prazo de defesa configurará a sua boa-fé. Contudo, poderá a União cobrar a restituição dos valores pagos ao servidor, acaso seja comprovado que ele não cumpriu, integralmente, a carga horária demandada pelo serviço, em razão, por exemplo, da incompatibilidade de horários.

Assim, independentemente da escolha por um dos cargos, empregos ou funções, durante o processo disciplinar, e confirmando-se que o servidor, efetivamente, não trabalhou, deverá a Administração exigir a restituição dos valores pagos indevidamente.

Caso o servidor não venha a optar por um dos cargos, poderá a União, além de realizar a demissão, destituição de cargo em comissão ou cassação de aposentadoria, como penalidades administrativas, impetrar ação de restituição dos valores auferidos em duplicidade nos horários efetivamente não trabalhados pelo servidor, por ser humanamente impossível realizar, por exemplo, 80 horas semanais de trabalho. Os valores devolvidos serão apenas aqueles relacionados à incompatibilidade de horário.

14.3. PROCEDIMENTO: ABANDONO DE CARGO E INASSIDUIDADE HABITUAL

O procedimento de rito sumário para a apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual é muito semelhante ao destinado à apuração de acumulação de cargos, excetuando-se a inexistência de notificação do servidor anteriormente ao início do processo e o não cabimento, pela natureza das infrações, de realização de opção ao longo da apuração. Conforme o art. 140 da Lei nº 8.112/90, "*na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, também será adotado o procedimento sumário a que se refere o art. 133(...)*".

O fundamento legal do rito para o abandono de cargo e para a inassiduidade habitual encontra-se nos arts. 138, 139 e 140 da Lei nº 8.112/90, abaixo transcritos:

> *Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos.*
>
> *Art. 139. Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses.*
>
> *Art. 140. Na apuração de abandono de cargo ou inassiduidade habitual, também será adotado o procedimento sumário a que se refere o art. 133, observando-se especialmente que:*
>
> *I - a indicação da materialidade dar-se-á:*
>
> *a) na hipótese de abandono de cargo, pela indicação precisa do período de ausência intencional do servidor ao serviço superior a trinta dias;*

b) no caso de inassiduidade habitual, pela indicação dos dias de falta ao serviço sem causa justificada, por período igual ou superior a sessenta dias interpoladamente, durante o período de doze meses;

II - após a apresentação da defesa a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, indicará o respectivo dispositivo legal, opinará, na hipótese de abandono de cargo, sobre a intencionalidade da ausência ao serviço superior a trinta dias e remeterá o processo à autoridade instauradora para julgamento.

Tão logo a autoridade instauradora tenha ciência da possível ocorrência de abandono de cargo ou de inassiduidade habitual, deve providenciar a apuração por meio da publicação de portaria que constitua uma comissão com dois membros, sem a figura de um presidente. Ambas as irregularidades foram detalhadas nos itens 10.5.3.2 e 10.5.3.3.

A portaria deve conter em seu texto a autoria (nome e número de matrícula do acusado) e materialidade do ilícito. No caso do abandono de cargo, a materialidade deve ser expressa pelo intervalo de dias em que o acusado não compareceu ao trabalho, e, no caso da inassiduidade habitual, deve ser demonstrada pela menção de cada um dos dias em que as faltas tiverem ocorrido.

Para a configuração dos ilícitos, como já visto anteriormente, não basta à comissão comprovar a ocorrência da ausência do acusado ao trabalho. Nos casos de abandono de cargo, deve-se demonstrar a intenção do servidor de permanecer ausente durante o período faltoso, e, no caso de inassiduidade habitual, faz-se necessária a comprovação de que as faltas não foram justificadas.

As provas destas situações devem ser constituídas anteriormente à designação da comissão, de forma que, no termo de indiciação e no relatório final, possam ser utilizadas para subsidiar as imputações e conclusões da comissão. Não obstante, a comissão pode reunir novos documentos na busca da verdade material do caso.

No entanto, se a comissão julgar necessário maior produção de provas para a comprovação das irregularidades, tendo em vista as especificidades do rito sumário que podem dificultar esta atividade (ausência de presidente para conduzir atos e número par de membros, o que pode causar decisões divididas), é recomendável que seja solicitado à autoridade instauradora a conversão do procedimento para o rito ordinário, bem como a designação de nova comissão, a qual, frise-se, pode conter os membros que participaram da apuração sumária.

É importante ressaltar que, devido à presunção de inocência, um servidor que tenha supostamente praticado abandono de cargo ou inassiduidade habitual pode retornar ao trabalho antes das apurações, ou mesmo durante o trâmite de um procedimento disciplinar que apure a falta. No entanto, o retorno ao trabalho do servidor que praticou um desses ilícitos não exclui o dever de a autoridade competente apurar a irregularidade:

Formulação Dasp nº 83. Abandono de cargo.

Não constitui óbice à demissão a circunstância de haver o funcionário reassumido o exercício do cargo que abandonou.

15. PRESCRIÇÃO

15.1. NOÇÕES GERAIS

A Prescrição no Direito Disciplinar é um instituto jurídico que tem por finalidade delimitar um prazo durante o qual a Administração Pública pode punir um servidor, caso seja constatado que ele praticou um ilícito administrativo-disciplinar.

Esse instituto não é exclusivo do Direito Disciplinar. Também é previsto em outros ramos jurídicos, tais como no Direito Penal e no Direito Civil. Em todos esses segmentos, o objetivo do instituto é o mesmo: estabelecer um período para que determinada atitude (providência) seja praticada. No nosso caso, essa atitude é o exercício da pretensão punitiva da Administração em face de um servidor que tenha praticado um ilícito funcional, ou seja, a aplicação de uma penalidade disciplinar.

Destarte, evidencia-se que nosso ordenamento jurídico entende que ninguém pode ficar à mercê de eventual aplicação de penalidade por prazo indeterminado. Ou seja, o servidor que supostamente tenha praticado o ato irregular não pode ficar aguardando indefinidamente que a Administração resolva apurar o fato e responsabilizá-lo pela infração, caso comprovada. Isso geraria certa insegurança jurídica àqueles que ocupam cargos na Administração Pública, bem como em todo o Sistema de Correição.

E quais são esses prazos de prescrição na seara disciplinar? Estão todos eles previstos na Lei nº 8.112/90 e variam conforme a gravidade da infração praticada e a consequente penalidade aplicada. Vejamos os dispositivos da referida lei:

> *Artigo 142 – A ação disciplinar prescreverá:*
>
> *I – em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;*
>
> *II – em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;*
>
> *III – em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência*

15.2. INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Como vimos acima, a prescrição tem por finalidade estabelecer um tempo para que a Administração tome providências (apure o fato e aplique a penalidade, caso se confirme que o fato foi irregular).

Ocorre que a autoridade competente somente poderá agir quando tiver conhecimento da suposta irregularidade. Desta forma, o prazo prescricional tem seu início apenas quando a Administração Pública, em sua esfera disciplinar, tomar ciência do fato. Com efeito, não é a partir do cometimento da irregularidade que se inicia a contagem do prazo – como no Direito Penal -, mas sim do momento em que a Administração tomou ciência do fato.

O texto da Lei nº 8.112/90 é bem claro nesse sentido, ao estabelecer, em seu artigo 142, § 2º, que "*o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido*". Esse entendimento é corroborado pela jurisprudência do STJ, já pacificada sobre o assunto, conforme se pode verificar no Agravo Regimental em Recurso em Mandado de Segurança nº 29.547.

Naquela oportunidade, o fenômeno prescricional encontrava-se no centro do debate. Segundo a agravante – servidora pública do Estado de São Paulo –, os fatos sob apuração em procedimento disciplinar já estariam acobertados pela prescrição, pois a contagem de tal prazo se inicia a partir do cometimento do fato, e não da ciência do mesmo pela Administração Pública.

O Relator, o Ministro Celso Limongi – desembargador convocado do TJ/SP, externou seu posicionamento perante a Sexta Turma do STJ em sentido diametralmente oposto ao defendido pela servidora e seu advogado, posição que acabou sendo corroborada pelos demais integrantes do colegiado. A ementa do Acórdão dispõe o seguinte:

> *AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. CONHECIMENTO DO FATO PELA ADMINISTRAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *1. Consoante jurisprudência firme do STJ, na hipótese em que se contempla comportamento passível da sanção de demissão do servidor público por parte da Administração, considera-se como termo inicial para a contagem do prazo prescricional para instauração de processo administrativo o conhecimento do fato pela Administração e não da sua ocorrência.*
>
> *2. Na espécie, a Administração teve conhecimento dos fatos em 12/08/2005, por comunicado da Caixa Econômica Federal. No ano de 2005, abriu-se sindicância. O PAD fora, efetivamente, instaurado em 23/10/2007. Por isso, não está caracterizada a prescrição para Administração apurar os fatos imputados à recorrente, ora agravante.*
>
> *3. Agravo Regimental a que se nega provimento.*
>
> *(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg em RMS nº 29547/MT - 2009/0091451-9. Relator: Ministro Celso Limongi, julgado em 6/12/2010)*

No texto do referido acórdão, verifica-se na parte inicial do relatório que somente após aproximadamente quatorze anos dos fatos praticados é que a autoridade administrativa iniciou a investigação. Para a defesa, isso seria motivo para o reconhecimento da prescrição punitiva, pois, segundo a agravante, o início do prazo de prescrição corresponde à data do fato.

No entanto, em seu voto, o desembargador foi de encontro a esse entendimento. Destacou que "ao contrário do sustentado pela agravante, a jurisprudência do STJ é assente em afirmar que a prescrição da pretensão punitiva da Administração tem por termo inicial a data em que a autoridade competente teve conhecimento dos fatos".

Em reforço a esse posicionamento, o Relator trouxe aos autos outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, e que, pela didática do seu texto, reproduz-se abaixo:

> *MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. INTERREGNO SUPERIOR A CINCO ANOS ENTRE O CONHECIMENTO DOS FATOS PELA ADMINISTRAÇÃO E A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR VÁLIDO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO SANCIONATÓRIA. PROCESSO DISCIPLINAR ANTERIOR DESPROVIDO DE EFEITOS EM RAZÃO DA DECLARAÇÃO DE SUA NULIDADE. NÃO INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> *1. O poder-dever de a Administração punir a falta cometida por seus Funcionários não se desenvolve ou efetiva de modo absoluto, de sorte que encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de hierarquia constitucional, uma vez que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada do poder disciplinar do Estado, além de que o acentuado lapso temporal transcorrido entre o cometimento da falta disciplinar e a aplicação da respectiva sanção esvazia a razão de ser da responsabilização do Servidor supostamente transgressor.*
>
> *2. O art. 142 da Lei 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União) funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, instituindo o princípio da inevitável prescritibilidade das sanções disciplinares, prevendo o prazo de cinco anos para o Poder Público exercer seu jus puniendi na seara administrativa.*
>
> *3. Reluz no plano do Direito que, a anulação do Processo Administrativo implica na perda da eficácia de todos os seus atos, e no desaparecimento de seus efeitos do mundo jurídico, o que resulta na*

inexistência do marco interrupto do prazo prescricional (art. 142, § 3º da Lei 8.112/90), ***que terá como termo inicial, portanto, a data em que a Administração tomou conhecimento dos fatos.***

4. Transcorridos mais de cinco anos entre o conhecimento da existência de falta pela autoridade competente e a instauração do segundo Processo Administrativo Disciplinar (que declarou a nulidade do primeiro), deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

5. Ordem concedida, em conformidade com o parecer Ministerial. (grifou-se)

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 13242/DF. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 19/12/2008)

Também o extinto Departamento do Serviço Público – DASP exarou posicionamento sobre o assunto, conforme Formulação DASP nº 76, ainda em vigor: "*A prescrição, nas infrações disciplinares, começa a correr do dia em que o fato se tornou conhecido*".

As razões consignadas nas linhas anteriores apenas indicam os contornos iniciais deste ponto da matéria, sendo necessário um maior aprofundamento, com o intuito de que se esclareçam todos os aspectos relativos ao início do prazo prescricional, tema que constantemente desperta a atenção dos aplicadores do Direito Disciplinar, tendo em vista que a norma não esclarece de quem deve ser o conhecimento do fato para que a prescrição tenha início (se da autoridade competente para determinar a apuração dos fatos, se de qualquer autoridade ou se de qualquer servidor).

Muitas vezes, a irregularidade praticada encontra-se materializada em um documento padrão que tramita por diversos setores da repartição. Assim, indaga-se: a mera ciência dos dirigentes (diretores, presidentes do órgão, etc.) quanto à existência do documento é suficiente para deflagrar o lapso prescricional? A resposta é negativa. Isso porque, não obstante a ciência acerca da existência do documento, não se tinha conhecimento acerca do vício nele contido. É preciso ter ciência da irregularidade descrita no documento.

Outro ponto que merece destaque é atinente a qual autoridade dentro da estrutura da Administração deve ter ciência do fato para que se inicie o prazo prescricional. Destarte, tal questionamento surge do fato que os órgãos públicos são compostos e representados por pessoas. Então, quem deve ter conhecimento da irregularidade para que a prescrição comece a correr?

Sobre esse assunto, a Lei nº 8.112/90 não foi muito clara. Vejamos novamente o texto legal do art. 142, § 1º, segundo o qual "*o prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido*".

Como vemos, não há menção a qual pessoa, dentro do órgão, deve ter conhecimento do fato para que o prazo prescricional seja iniciado. Ocorre que os entes que compõem a Administração Pública são representados por seus diretores e presidentes. São eles, portanto, que tomam as decisões em nome do órgão e determinam as providências que entendem necessárias para o seu bom funcionamento, incluindo aí as medidas relacionadas com assuntos disciplinares.

Levando-se em conta a finalidade do instituto da prescrição – ponto ventilado acima, no sentido de que tem como escopo punir a Administração Pública por sua morosidade em apurar determinado ilícito administrativo-disciplinar e aplicar a consequente penalidade funcional – tem-se que somente com a ciência pelas autoridades do órgão é que se pode ter início a contagem do prazo prescricional. Afinal, somente os ocupantes daqueles cargos possuem os poderes institucionais necessários para tomar as providências adequadas diante de um ilícito funcional, seja para determinar a deflagração do processo disciplinar, seja para comunicar a autoridade competente para tanto, conforme detalhado adiante.

Os servidores públicos, em geral, não possuem poderes para dar andamento a qualquer apuratório disciplinar. A eles cabe, apenas, o dever de levar ao conhecimento das autoridades que administram o órgão o suposto fato irregular. Isso é um dever funcional de qualquer servidor, conforme texto legal lapidado nos artigos 116, incisos VI e XII da Lei nº 8.112/90. Vejamos:

Art. 116 – São deveres do servidor:

(...)

VI – levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo;

(...)

XII – representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder.

Portanto, do que foi exposto até aqui, concluímos que não é a partir da ciência por qualquer servidor público do órgão que tem início a contagem do prazo prescricional disciplinar, tendo em vista a ausência de competência legal para deflagrar procedimento apuratório. Somente as autoridades que administram e que ocupam cargos de relevância dentro do órgão é que possuem essa atribuição.

Já sabemos que é a partir da ciência de autoridade do órgão que se inicia o prazo prescricional. Mas de qual autoridade estamos falando? Será que é a partir da ciência da irregularidade por qualquer autoridade? Como já sabemos, o texto da lei é silente a esse respeito.

Para descobrirmos as respostas às perguntas acima, precisamos sempre levar em consideração as finalidades do instituto prescricional: propiciar segurança jurídica ao sistema e punir a inércia da Administração, que, mesmo sabendo de suposto ilícito funcional, nada faz, em tempo razoável, para esclarecer e apenar os servidores envolvidos.

Ressalte-se, que a Lei nº 8.112/90, no seu artigo 143, trouxe uma obrigação a determinado gestor, no sentido de que ao tomar conhecimento de uma irregularidade, deverá obrigatoriamente abrir um PAD ou sindicância para apuração de forma imediata. Assim sendo, se o legislador trouxe uma obrigação legal a esta autoridade, também trouxe de outro lado, a prescrição. Esta autoridade somente pode ser aquela que tem o poder de instaurar a investigação, ou seja, a Autoridade Instauradora.

Nesse sentido é o entendimento da AGU, exarado no Parecer nº GQ-55, vinculante para a Administração:

Parecer AGU nº GQ-55, vinculante:

(...)

19. A inércia da Administração somente é suscetível de se configurar em tendo conhecimento da falta disciplinar a autoridade administrativa competente para instaurar o processo. Considerar-se a data da prática da infração como de início do curso do lapso temporal, independentemente do seu conhecimento pela Administração, sob a alegação de auditagens permanentes, beneficiaria o servidor faltoso, que se cerca de cuidados para manter recôndita sua atuação antissocial, viabilizando a mantença do proveito ilícito e a impunidade, bem assim não guardaria conformidade com a assertiva de que a prescrição viria inibir o Estado no exercício do poder-dever de restabelecer a ordem social, porque omisso no apuratório e apenação.

Insta salientar, ademais, que, no Direito Administrativo, o poder disciplinar decorre do poder hierárquico. Dito em outros termos, as providências devem ser tomadas pelo superior hierárquico do servidor que cometer o ilícito administrativo-disciplinar. Cabe ao superior do servidor que cometeu a infração tomar as medidas cabíveis, a fim de que os fatos sejam apurados.

Em muitas instituições públicas o regimento interno prevê que a competência para a instauração do procedimento está centralizada na autoridade máxima. Isso não retira do superior hierárquico do servidor a responsabilidade de agir e levar adiante os fatos, ao conhecimento da autoridade máxima, para que sejam esclarecidos e instaurado o devido processo administrativo.

Em resumo, temos que o conhecimento da irregularidade pela autoridade máxima do órgão faz com que se inicie a contagem do prazo prescricional quando ela for competente para determinar as apurações

ou para cientificar a autoridade instauradora acerca da existência de um ilícito funcional. Quanto a esse último caso, já se manifestou o STJ nos autos dos Mandados de Segurança nº 14.446-DF e nº 11.974-DF, respectivamente, *in verbis*:

> *Ementa: A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional da Ação Disciplinar é a data em que o fato se tornou conhecido da Administração, mas não necessariamente por aquela autoridade específica competente para a instauração do Processo Administrativo Disciplinar (art. 142, § 1º da Lei 8.112/90). Precedentes. (...)*
>
> *4. Qualquer autoridade administrativa que tiver ciência da ocorrência de infração no Serviço Público tem o dever de proceder à apuração do ilícito ou comunicar imediatamente à autoridade competente para promovê-la, sob pena de incidir no delito de condescendência criminosa (art. 143 da Lei 8.112/90); considera-se autoridade, para os efeitos dessa orientação, somente quem estiver investido de poder decisório na estrutura administrativa, ou seja, o integrante da hierarquia superior da Administração.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 14.446/DF - 2009/0121575-7. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 13/12/2010)*
>
> *Ementa: O art. 142 da Lei nº 8.112/90 - o qual prescreve que "O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido" - não delimita qual autoridade deverá ter obtido conhecimento do ilícito administrativo. Dessa forma, não cabe ao intérprete restringir onde o legislador não o fez. Desse modo, é razoável entender-se que o prazo prescricional de cinco anos, para a ação disciplinar tendente à apuração de infrações puníveis com demissão ou cassação de aposentadoria, comece a correr da data em que autoridade da administração tem ciência inequívoca do fato imputado ao servidor, e não apenas a partir do conhecimento de tais irregularidades pela autoridade competente para a instauração do processo administrativo disciplinar.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 11.974/DF - 2006/0133789-1. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 7/5/2007)*

Outrossim, é imperativo destacar que é possível que um documento, com o relato das irregularidades cometidas por determinado servidor, seja protocolizado no gabinete da autoridade. Nessa situação, o início da contagem do prazo de prescrição se daria quando a autoridade tiver recebido o documento e tomado ciência da irregularidade, consoante dito anteriormente.

A regra acima é geral para a maioria dos casos. No entanto, existem diversas outras formas de as irregularidades chegarem ao conhecimento da Administração Pública. Deste modo, é oportuno tecer algumas considerações acerca destes outros instrumentos e meios que também têm aptidão para deflagrar o início da contagem para a incidência do fenômeno prescricional.

O primeiro deles é quanto aos relatórios de auditoria. Muitas vezes, as irregularidades são primeiramente aventadas por meio de trabalhos dos auditores, seja da auditoria interna ou mesmo de auditorias externas, feitas pela CGU e pelo TCU.

Nesses casos, os auditores têm contato com os supostos fatos irregulares durante os trabalhos de campo. Esse contato inicial não tem o condão de iniciar a contagem do prazo prescricional, considerando que os auditores não se enquadram como autoridades, no sentido visto acima.

Terminados os trabalhos de auditoria, são lavrados os relatórios, onde constam todas as supostas irregularidades encontradas. Esse relatório é encaminhado à autoridade competente para determinar as apurações no órgão, oportunidade em que, pode-se afirmar, há o início da contagem do prazo prescricional.

Outro caso que merece destaque é quanto a novas irregularidades reveladas nos trabalhos de eventual comissão disciplinar. Pode ocorrer que, no curso de procedimento correcional, o colegiado venha a se deparar com novas irregularidades, acerca das quais, inicialmente, não se tinha conhecimento.

Nesse caso, se a irregularidade tiver conexão com os fatos sob apuração no procedimento disciplinar em que foram descobertas, cabe à Comissão levar a questão ao conhecimento da autoridade instauradora.

Entendendo a autoridade instauradora que a irregularidade deve ser apurada nos mesmos autos, deverá aditar a portaria inaugural.

A única diferença entre os fatos – fato inicial que deu origem ao processo disciplinar e o fato revelado no decorrer dos trabalhos – é que o prazo prescricional do segundo tem início a partir da data da ciência pela comissão. É relevante notar que, como já há procedimento instaurado, e de acordo com o que veremos mais adiante, o prazo de prescrição pode se encontrar paralisado em sua marca inicial por determinado lapso de tempo a partir da data em que foi conhecido pelo colegiado.

De outro modo, caso o fato conhecido pela Comissão no decorrer dos trabalhos não guarde conexão com os fatos que estão sob sua responsabilidade apurar, então tal irregularidade deve ser levada ao conhecimento da autoridade instauradora para as providências cabíveis. É a partir dessa comunicação que se considera iniciado o prazo de prescrição.

Sendo a notícia acerca das supostas irregularidades divulgada na imprensa, presume-se o conhecimento de todos (inclusive das autoridades do órgão) na data da sua divulgação. Mas essa presunção só é válida para aqueles veículos de imprensa de âmbito nacional, ou que sejam de grande divulgação em determinadas Unidades da Federação, onde as irregularidades foram descobertas. Outros veículos, de menor divulgação (com público muito restrito), não têm o condão de deflagrar a contagem do prazo de prescrição.

Por fim, destaca-se a competência da CGU para apurar responsabilidade de servidores por ilícitos praticados no âmbito da Administração Pública Federal, conforme dispõem a Lei nº 13.844/2019, e os Decretos nº 5.480/05 e nº 9.681/2019.

Com isso, em virtude dessa competência concorrente com a denominada autoridade competente, e da necessária existência de um único prazo de prescrição para determinado ilícito, a data em que o fato se tornou conhecido pela primeira das duas entidades competentes (autoridade ou CGU), deve ser considerada o termo inicial do prazo prescricional.

15.2.1. Prescrição antes de instaurar o processo disciplinar – prescrição em perspectiva

O processo disciplinar tem como objetivo esclarecer os fatos, buscar a verdade material ou real, e não punir. Com isso, ainda que a análise quanto ao cabimento do processo disciplinar se desse após o vencimento do prazo de prescrição e, portanto, já extinta a punibilidade, a Administração poderá decidir pela instauração e apuração das supostas irregularidades.

A AGU, por meio da Nota Decor/CGU/AGU nº 73/2009-MCL, aprovada pelo Despacho-CGU/AGU nº 1.938/2009, do Consultor-Geral da União, entendeu no mesmo sentido:

> *Nota Decor/CGU/AGU nº 163/2008-PCN*
>
> *(...)*
>
> *31. Face ao exposto, conclui-se que a prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública Federal não constitui causa prejudicial à instauração de Processo Administrativo Disciplinar para fins de apurar infração funcional imputada a servidor público.*
>
> *(...)*
>
> *33. Caso a infração seja capitulada como crime, deverão os autos ser remetidos para o Ministério Público, a fim de que adote as providências cabíveis (art. 172, da Lei nº 8.112/90). Constatado dano*

ao erário ou a terceiros, os autos deverão ser encaminhados ao órgão responsável para o ajuizamento da competente ação ordinária, face à imprescritibilidade da ação de responsabilização do servidor público (art. 37, § 5º, da Constituição Federal e art. 122, da Lei nº 8.112/90).

Ocorre que o art. 52 da Lei nº 9.784/99, segundo o qual "O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente", dispõe que a Administração pode deixar de exercer seu direito de agir e não instaurar um processo disciplinar cuja punibilidade se encontra prescrita. Nesse caso, recomenda-se que fundamente sua decisão nos princípios da legalidade, da oficialidade, da busca da verdade material, da eficiência e do interesse público.

Em relação a não instauração em razão da prescrição para a aplicação de penas expulsivas, a decisão da autoridade poderá encontrar respaldo legal no art. 52 da Lei nº 9.784/99 e no Enunciado CGU nº 04, abaixo transcrito:

Prescrição. Instauração. A Administração Pública pode, motivadamente, deixar de deflagrar procedimento disciplinar, caso verifique a ocorrência de prescrição antes da sua instauração, devendo ponderar a utilidade e a importância de se decidir pela instauração em cada caso.

Enunciado CGU nº 4, publicado no DOU de 5/5/2011, seção 1, página 22

Entretanto, diante de períodos de tempo inferiores e, ou de indícios de cometimento de irregularidades menos graves, para as quais é cabível a aplicação das penalidades de advertência ou suspensão, recomenda-se instaurar o processo disciplinar no caso de prescrição dessas penalidades, tendo em vista que a apuração dos fatos poderá resultar no descobrimento de outros ilícitos mais graves e que, a princípio, não foram identificados. Além disso, esse ilícito poderá ter repercussão criminal, caso em que a prescrição deverá ser computada de acordo com as regras estabelecidas na lei penal, ou repercussão civil.

15.3. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Vimos que o prazo prescricional é o lapso temporal dado à Administração para aplicar a penalidade ao servidor que, comprovadamente (através de procedimento disciplinar com contraditório), tenha cometido um ilícito administrativo-disciplinar.

Também restou claro que o prazo prescricional tem início a partir da ciência da irregularidade pela autoridade competente, que deve tomar as providências necessárias para a instauração de procedimento disciplinar. É importante destacar que é um dever da autoridade competente tomar essas medidas para a apuração dos fatos, caso contrário poderá responder por sua omissão, consoante dispõe o art. 169, § 2º ("*a autoridade julgadora que der causa à prescrição de que trata o art. 142, § 2º, será responsabilizada na forma do Capítulo IV do Título IV*").

Saliente-se que o Capítulo IV do Título IV da Lei nº 8.112/90 a que faz menção o artigo acima trata das "Responsabilidades" a que está sujeito o "servidor", termo este aqui empregado no sentido amplo, abarcando, também, as autoridades do órgão que ocupem, tão-somente, cargos em comissão. A denominação "Responsabilidades" abrange as esferas cível, criminal e administrativa. Assim, se alguma autoridade der causa à prescrição disciplinar, poderá responder nessas três esferas.

Feita essa breve anotação acerca da responsabilidade da autoridade que der causa à prescrição, voltamos ao tema que ora nos ocupa.

Tomadas as devidas providências pela autoridade instauradora, a portaria então é finalmente publicada. A partir daquele momento se considera instaurado o procedimento disciplinar.

Tendo o procedimento instaurado natureza acusatória – com a consequente oportunidade ao servidor que cometeu o ilícito de se defender nos autos – pode-se afirmar que ocorre a interrupção do fluxo do prazo prescricional. Dito em outros termos, somente com a instauração de sindicância com contradi-

tório, também chamada de "sindicância punitiva", ou de processo administrativo disciplinar, em qualquer de suas modalidades, seja no rito ordinário ou sumário, é que a prescrição é ***interrompida***.

Sindicâncias meramente investigativas, também chamadas de sindicâncias inquisitoriais, não são capazes de interromper o andamento do prazo de prescrição. Esse entendimento, que outrora já foi objeto de posicionamentos diversos dentro do Poder Executivo Federal, foi uniformizado mediante o Enunciado CGU nº 1, aqui novamente transcrito:

PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. O processo administrativo disciplinar e a sindicância acusatória, ambos previstos pela Lei nº 8.112/90, são os únicos procedimentos aptos a interromper o prazo prescricional.

Enunciado CGU nº 1 publicado no DOU de 5/5/11, seção 1, página 22

Tal posicionamento foi lavrado no âmbito da Comissão de Coordenação e Correição, instância colegiada de função consultiva que possui o objetivo de uniformizar entendimentos afetos à matéria correcional no âmbito do Poder Executivo Federal.

Os procedimentos prévios adotados por alguns órgãos públicos antes da instauração do procedimento disciplinar também não têm esse condão. Referimo-nos àqueles processos administrativos que têm como escopo a busca de maiores informações ou oportunizam que o servidor preste esclarecimentos prévios em relação a certos fatos.

São procedimentos que podem ser de grande valia, a depender do caso concreto, visto que visam a preservar a imagem do servidor e não o colocar no polo passivo do procedimento correcional, sem que haja indícios suficientes de autoria e materialidade da suposta infração disciplinar.

Enfatizamos, porém, que esses procedimentos prévios, justamente por não terem a capacidade de interromper o fluxo do prazo prescricional, não devem ser adotados em todos os casos. Somente quando não haja indícios de autoria e materialidade é que devem auxiliar as autoridades instauradoras quanto ao juízo de admissibilidade.

Portanto, do que foi exposto até esse momento, tem-se que o prazo prescricional é interrompido com a publicação da portaria que determina a instauração de procedimento disciplinar com contraditório. Procedimento prévio, instaurado para levantar maiores indícios quanto à autoria e materialidade, não tem a capacidade de interromper esse prazo. Nem mesmo a sindicância investigativa, que se assemelha ao inquérito policial - no sentido de não oportunizar o contraditório - interrompe a prescrição. Somente procedimentos disciplinares com contraditório a interrompem.

Não obstante a expressão "interrupção do prazo prescricional" dar uma ideia do que ela significa, é necessário aprofundarmos o tema. Isso porque o sentido comum da palavra "interrupção" não coincide completamente com a acepção técnica aqui em estudo.

Para o Direito Disciplinar, "interrupção do prazo prescricional" significa que tal prazo, que antes da instauração transcorria normalmente, retorna à estaca zero, como se nunca tivesse transcorrido sequer um dia. Além disso, essa interrupção também congela esse prazo na estaca zero.

Portanto, a "interrupção" aqui sob análise possui dois efeitos: ela apaga o tempo transcorrido desde o conhecimento do fato, zerando a contagem do prazo prescricional – frise-se que tal fenômeno não afasta a possibilidade de que o lapso transcorrido seja considerado na avaliação de eventual prescrição do ilícito antes da instauração do processo –; e, além disso, esse prazo prescricional é "congelado" na estaca zero.

Todavia, o efeito da interrupção do transcurso do lapso prescricional ocorre por prazo determinado. A Lei nº 8.112/90 tratou do assunto, mas a redação do dispositivo legal relativo à matéria não é suficiente para que se compreenda o tema em sua plenitude. Com efeito, o artigo 142, § 3º diz que "*a abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente*".

A leitura isolada do texto legal acima reproduzido conduz ao entendimento que a interrupção poderia perdurar até a finalização do procedimento. Contudo, já é pacífico em nossos tribunais e na doutrina que tal fenômeno irá ocorrer por prazo determinado.

Em muitos casos, e por diversos motivos, o procedimento disciplinar protrai-se no tempo, o que gera uma situação de grande insegurança jurídica, prejudicando principalmente o servidor que se encontra no polo passivo do processo. Tal fato poderia até prejudicar a carreira e imagem do acusado, fazendo com que seja preterido na ocupação de determinados cargos de chefia.

Diante dessa situação, deve-se fazer uma releitura do artigo acima, harmonizando-o com o ordenamento jurídico como um todo, principalmente respeitando os ditames da nossa Carta Maior. É justamente nela que se encontra um relevante fundamento para a mitigação/relativização do contido no § 3º do artigo 142 da lei que rege os servidores públicos federais. Com a alteração de seu texto, provocada pela Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004, incluiu-se o inciso LXXVIII ao artigo 5º, com o seguinte teor:

> *Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
>
> *(...)*
>
> *LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

Ocorre que, para se efetivar o disposto no inciso supramencionado, necessário se faz que os prazos prescricionais não permaneçam interrompidos indefinidamente. Ou seja, é preciso que a prescrição volte a transcorrer. Isso faz com que a Administração Pública seja mais célere e adote as medidas necessárias visando finalizar a apuração e eventual responsabilização dos envolvidos.

Portanto, o conteúdo do artigo 142, § 3º da Lei nº 8.112/90 deve ser relativizado, para que sua interpretação esteja em harmonia com nosso sistema jurídico. Assim, a interrupção do prazo prescricional não se dá até a finalização do procedimento, e sim por um prazo considerado razoável. Resta agora identificar tal prazo.

A doutrina e a jurisprudência entendem que é razoável o prazo prescricional permanecer "congelado" em seu marco inicial durante o prazo máximo da portaria inaugural, somado ao prazo máximo da portaria de prorrogação e ao tempo dado pela lei para a autoridade julgar o processo.

Essa conclusão dos tribunais considera a redação do caput do artigo 152 da Lei nº 8.112/90, segundo o qual o "*prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem*".

Entende-se que a lei, ao dizer que o PAD "não excederá" os sessenta dias, somados aos outros sessenta da prorrogação estabeleceu um prazo não terminativo do procedimento.

A extrapolação desse prazo legal não impede que o apuratório tenha continuidade. Devemos lembrar que prevalece na seara correcional o princípio da verdade material, sendo necessário que a Administração apure até o fim os fatos tisnados por supostas irregularidades. Todavia, a consequência de se extrapolar o prazo fixado no artigo 152 seria, justamente, o retorno do fluxo da prescrição, pois o prazo que a lei entende como razoável para a finalização do procedimento se exauriu.

O entendimento acima é, atualmente, o que prevalece no STF e no STJ. Como exemplo, trazemos o Acórdão do STF lavrado no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.436-2/DF, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio. De seu voto, destaca-se:

> *Inconcebível é que se entenda, interpretando os preceitos da Lei nº 8.112/90, de 11 de dezembro de 1990, que, uma vez aberta a sindicância ou instaurado o processo disciplinar, não se cogite mais, seja qual for o tempo que se leve para a conclusão do feito, da incidência da prescrição. É sabido que dois valores se fazem presentes: o primeiro, alusivo à Justiça, a direcionar à possibilidade de ter-se o implemento a qualquer instante; já o segundo está ligado à segurança jurídica, à estabilidade das relações e, portanto, à própria paz social que deve ser restabelecida num menor espaço de tempo possível. Não é crível que se admita encerrar a ordem jurídica verdadeira espada de Dâmocles a desabar sobre a cabeça do servidor a qualquer momento.*

O Ministro também cita passagem de voto do então Ministro Ilmar Galvão no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21.562-7/DF, em que se afirma que a norma contida no artigo 142, § 3º deve ser revista, caso contrário o direito de punição do servidor tornar-se-ia imprescritível.

Exposta a problemática, ele passa a discutir qual seria a melhor interpretação da norma em questão, chegando-se à conclusão de que tal dispositivo deve ser lido em conjunto com o disposto no caput do artigo 152, que se refere ao prazo máximo para a conclusão do processo administrativo disciplinar:

> *A teor do disposto no artigo 152 da Lei nº 8.112/90, "o prazo para conclusão do processo disciplinar não excederá 60 dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem". Nota-se já aqui período igual a 120 dias para ter-se a conclusão do processo. A ele deve-se somar o prazo para a autoridade julgadora vir a proferir decisão, ou seja, os 20 dias previstos no artigo 167. Chega-se, assim, ao total de 140 dias, período que encerra, no tempo, a projeção da interrupção prevista no § 3º do artigo 142. Consubstancia menosprezo ao sistema jurídico pátrio entender-se que, mesmo fixados os prazos para conclusão do processo disciplinar e prolação de decisão, a alcançarem no total 140 dias, tem-se, mesmo assim, o afastamento definitivo da prescrição.*

Portanto, aqui já se verifica a regra geral para o caso: a interrupção deve estender seus efeitos apenas durante o prazo da portaria inaugural (prazo máximo de 60 dias para o PAD no rito ordinário, como dito pelo Relator), somados aos 60 dias da prorrogação e mais 20 dias para o julgamento, tudo em perfeita sintonia com a Lei nº 8.112/90.

Esse entendimento está de acordo com julgado precedente da mesma Corte, analisado em Plenário e lavrado no âmbito do Mandado de Segurança nº 22.728-1/PR (publicado no Diário da Justiça de 13/11/1998) e que serve de paradigma para o tema. O Ministro Marco Aurélio, como Relator do processo acima citado, também faz menção a essa manifestação do STF, citando o seguinte trecho daquela decisão:

> *A interpretação mais consentânea com o sistema dessa Lei – que no artigo 169, § 2 º, admite que a autoridade julgadora, que pode julgar fora do prazo legal, seja responsabilizada quando der causa à prescrição de infrações disciplinares capituladas também como crime, o que implica dizer que o prazo de prescrição pode ocorrer antes da decisão final do processo – é a de que, em se tratando de inquérito, instaurado este a prescrição é interrompida, voltando esse prazo a correr novamente por inteiro a partir do momento em que a decisão definitiva não se der no prazo máximo de conclusão do inquérito, que é de 140 dias (artigos 152, "caput", combinado com o artigo 169, § 2º, ambos da Lei nº 8.112/90).*

O STJ tem seguido esse mesmo entendimento em seus julgados. É o que pode ser percebido do Mandado de Segurança nº 14.446/DF, cujo Relator foi o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Naquela oportunidade, restou consignado o seguinte entendimento:

Conforme estabelece o § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112/90, a instauração de Processo Administrativo Disciplinar interrompe a prescrição até a decisão final proferida por autoridade competente. Ocorre que, ao considerar a prescrição como instituto jurídico concebido a fim de viabilizar a segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento em torno da matéria, segundo a qual interrompida a prescrição, a fluência desta é obstada tão somente por 140 dias, tendo em vista que esse seria o prazo legal para término do Processo Disciplinar.

Sobre essa passagem do voto do Relator, deve ser ressaltado que esse prazo de 140 dias acima citado é para o PAD no rito ordinário. Com efeito, o prazo no qual o processo disciplinar fica com a prescrição "congelada" no marco inicial depende do tipo de procedimento instaurado. Adiante, trataremos com maiores detalhes o assunto. No momento, é relevante apenas destacar que esse entendimento do STJ leva em conta o texto do caput do artigo 152 da Lei nº 8.112/90, como mencionado logo acima.

Ainda segundo o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator do MS nº 144.446/DF, o STJ possui diversos julgados adotando esse posicionamento, podendo-se considerá-lo como predominante naquela Corte Superior. Dentre eles, destaca-se o Recurso em Mandado de Segurança nº 19.609/SP, tendo como Relatora a Ministra Laurita Vaz e cuja decisão foi publicada no Diário de Justiça de 12/12/2009:

> *A contagem do prazo prescricional, interrompida com a instauração do processo administrativo disciplinar, volta a correr por inteiro após o transcurso de 140 (cento e quarenta) dias, prazo máximo para o encerramento do processo disciplinar, nos termos dos precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.*

Como falamos, o período em que a prescrição fica "congelada" varia de acordo com o tipo de procedimento deflagrado para apuração dos fatos. Esses prazos são todos extraídos da Lei nº 8.112/90.

Assim, o prazo máximo para a portaria inaugural da sindicância com contraditório é de 30 (trinta) dias, conforme se depreende da leitura do artigo 145, parágrafo único: "*O prazo para conclusão da sindicância não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período, a critério da autoridade superior*".

Como normalmente as Comissões Disciplinares não conseguem finalizar seus trabalhos apuratórios nesses trinta dias iniciais, prevê a lei a possibilidade de prorrogação, por igual período. Assim, para fins de contagem da interrupção, importa destacar o prazo máximo, que também é de 30 (trinta) dias.

Por fim, estipulou o legislador um prazo de vinte dias para que a autoridade julgue os fatos. De acordo com o art. 167, "no prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão".

Somando todos eles, temos o seguinte:

PRAZO DE INTERRUPÇÃO DA SINDICÂNCIA ACUSATÓRIA			
Prazo inicial	Prazo Prorrogação	Prazo Julgamento	Prazo Total
30 dias	30 dias	20 dias	80 dias

Para os demais procedimentos, segue-se a mesma lógica acima, apenas se alterando os prazos, conforme estipulados em lei.

No caso do processo administrativo disciplinar no rito ordinário, a Lei nº 8.112/90 o seguinte:

> *Art. 152. O prazo para conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.*
>
> *Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.*

Levando-se em conta o contido nos dispositivos acima, temos o seguinte prazo de interrupção para PAD no rito ordinário:

PRAZO DE INTERRUPÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR			
Prazo inicial	Prazo Prorrogação	Prazo Julgamento	Prazo Total
60 dias	60 dias	20 dias	140 dias

Por fim, a Lei nº 8.112/90 estabelece os seguintes prazos para o PAD no rito sumário:

> *Artigo 133. (...)*
>
> *§ 7° - O prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não excederá trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias, quando as circunstâncias o exigirem.*
>
> *Art. 133. (...)*
>
> *§ 4° - No prazo de cinco dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá sua decisão, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no § 3° do art. 167.*

Com base nessas informações, temos o seguinte:

PRAZO DE INTERRUPÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR SUMÁRIO			
Prazo inicial	Prazo Prorrogação	Prazo Julgamento	Prazo Total
30 dias	15 dias	05 dias	50 dias

Assim, durante os prazos mencionados, a prescrição não irá correr, permanecendo estagnada em seu marco inicial. Contudo, transcorridos os dias acima (variando conforme o procedimento) sem que o processo tenha alcançado seu fim, então a interrupção cessa, sendo reiniciada a contagem da prescrição ainda no curso dos trabalhos. Atenção para esse detalhe: os prazos voltam a correr do seu início, e não de onde pararam antes da instauração do procedimento disciplinar com contraditório. É o que diz o artigo 142, parágrafo 4°:

> *Art. 142. (...)*
>
> *§ 4° - Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.*

Ainda sobre o tema "interrupção do prazo prescricional, algumas observações devem ser feitas:

a) A interrupção ocorre uma única vez, sendo considerado apenas o primeiro procedimento disciplinar com contraditório validamente instaurado.

b) Para o procedimento instaurado ter o poder de interromper o fluxo da prescrição é necessário que essa instauração não contenha nenhum vício. Ou seja, o procedimento deve ser validamente instaurado, por meio de portaria inaugural sem mácula que possa vir a acarretar sua nulidade.

Considerando o que foi debatido, podemos afirmar que, diante de uma infração grave, sujeita à demissão, o prazo prescricional de cinco anos – nos termos do inciso I do art. 142 da Lei nº 8.112/90 – começará a correr a partir do momento em que a Administração tiver ciência do fato.

Imagine-se que a portaria inicial de um processo administrativo disciplinar no rito ordinário seja publicada seis meses após a notícia da irregularidade ter chegado à autoridade. Com a publicação da portaria, o prazo de prescrição é interrompido (ou seja, é "zerado") e os seis meses transcorridos desde a notícia da irregularidade são desconsiderados. A partir deste momento, a Administração Pública terá 140 (cento e quarenta) dias para concluir os trabalhos, período no qual a contagem da prescrição será suspensa (ou seja, "congelada").

Passados esses 140 (cento e quarenta) dias, independentemente da conclusão do procedimento, o prazo prescricional começará a transcorrer a partir do zero. Assim, à Administração serão concedidos mais 05 (cinco) anos a partir de então, para terminar os trabalhos, comprovar se de fato houve a infração grave e eventualmente aplicar a penalidade de demissão ao servidor infrator. Deste modo, evidencia-se que a Administração teve, ao todo, 05 (cinco) anos e 140 (cento e quarenta) dias para apurar o fato e aplicar a penalidade de demissão.

Esse raciocínio acima também se aplica aos demais prazos prescricionais das penalidades de suspensão e advertência.

Em resumo, após a deflagração de procedimento correcional com aptidão para interromper o fluxo prescricional, temos os seguintes prazos totais para que os trabalhos sejam concluídos e, caso comprovada a irregularidade, seja aplicada a penalidade devida:

SINDICÂNCIA ACUSATÓRIA			
Possível Penalidade	Prazo de Interrupção	Prazo de Prescrição	Prazo Total
Advertência	80 dias	180 dias	260 dias
Suspensão	80 dias	2 anos	2 anos e 80 dias
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR			
Possível Penalidade	Prazo de Interrupção	Prazo de Prescrição	Prazo Total
Advertência	140 dias	180 dias	320 dias
Suspensão	140 dias	2 anos	2 anos e 140 dias
Demissão	140 dias	5 anos	5 anos e 140 dias
PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR SUMÁRIO			
Possível Penalidade	Prazo de Interrupção	Prazo de Prescrição	Prazo Total
Demissão	50 dias	5 anos	5 anos e 50 dias

Uma observação: os prazos acima devem ser contados da maneira como se encontram na lei, em dias ou anos; ou seja, não é possível "converter" tudo para dias ou tudo para anos.

Neste diapasão, merece destaque a regra lapidada no artigo 66, § 3° da Lei nº 9.784/99, segundo o qual "os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês de vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês".

15.4. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL

O fenômeno da suspensão do prazo prescricional, como a própria denominação sugere, ocorre quando o prazo é paralisado em determinado momento. Diferentemente da interrupção – evento que faz com que o prazo seja contado novamente do zero –, na suspensão o prazo é "congelado" no estado em que se encontra.

Todavia, deve-se enfatizar que, em regra, o prazo prescricional no Direito Disciplinar não se suspende. Tal afirmativa tem consequências diretas nos trabalhos realizados na seara correcional.

Destarte, considerando que uma só conduta praticada pelo servidor pode gerar um ilícito administrativo-disciplinar, um ilícito penal e ainda configurar um ato ímprobo – conforme vimos nos tópicos anteriores deste manual –, é possível que o colegiado que esteja à frente de um processo correcional delibere por suspender os trabalhos para aguardar uma manifestação do juízo criminal ou, ainda, a autoridade de determinado órgão ou entidade pode esperar uma posição da esfera judicial para decidir se vai ou não instaurar o devido processo disciplinar.

Essas providências não são recomendadas. Com efeito, tendo em vista que o prazo da prescrição não será suspenso nesse período, é possível que a pretensão punitiva da Administração seja fulminada por aquele fenômeno enquanto se aguarda a conclusão de eventual ação penal ou inquérito policial. Ademais, em nosso ordenamento jurídico reina o princípio da independência das instâncias, não sendo necessário que a esfera disciplinar se mantenha inerte, na espera de um posicionamento definitivo do Poder Judiciário.

Como exemplo, se um servidor figurar como indiciado em um inquérito policial ou réu em um processo criminal pela prática do crime de corrupção (art. 317 do Código Penal) e, pelo mesmo fato, estiver respondendo a um PAD no órgão onde está lotado, é certo que o colegiado que estiver conduzindo os trabalhos não deve simplesmente suspender o processo. Os trabalhos devem continuar, de modo que sejam produzidas as provas necessárias para que a Administração forme seu convencimento acerca das irregularidades aventadas, independentemente do curso do procedimento policial ou penal – registre-se que eventuais consequências da decisão emanada pelo Poder Judiciário, tal como aquela prevista no art. 126 da Lei nº 8.112/90[297], deverão ser avaliadas oportunamente pela Administração.

Contudo, há uma ***exceção***. O prazo prescricional pode ser suspenso por decisão expressa do Poder Judiciário. Assim, caso o acusado em um processo disciplinar, entendendo que seus direitos não estão sendo garantidos no decorrer daquele apuratório, recorra ao Poder Judiciário, pode o juiz determinar a suspensão dos trabalhos correcionais, até que o processo judicial chegue ao seu final.

Deste modo, se o Poder Judiciário determinar a suspensão dos trabalhos em um procedimento correcional, o lapso prescricional também será consequentemente suspenso. Nesta hipótese, cessando a causa que gerou a suspensão – como, por exemplo, no caso de reforma da decisão prolatada pelo juízo que determinou a suspensão do processo – o curso da prescrição irá prosseguir do ponto em que havia sido paralisado.

O STJ já se manifestou acerca do tema, quando restou consignado o seguinte entendimento:

> *I - O deferimento de provimento judicial liminar que determina a autoridade administrativa que se abstenha de concluir procedimento administrativo disciplinar suspende o curso do prazo prescricional da pretensão punitiva administrativa. II - Na espécie, o PAD teve início em 15/2/2002. Considerada a suspensão de 140 (cento e quarenta) dias para sua conclusão, o termo a quo deu-se em 5/7/2002. A penalidade demissional foi aplicada em 5/11/2002, ou seja, aproximadamente 4 (quatro) meses após o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto no artigo 142, inciso I, da Lei nº 8.112/90. Todavia, no curso do procedimento disciplinar vigorou, por mais de um ano, decisão judicial liminar que impediu a autoridade administrativa de concluir e dar publicidade à decisão final deste procedimento, circunstância que afasta a ocorrência da alegada prescrição.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 13385/DF. Relator: Ministro Felix Fisher, publicado em 24/6/2009)*

15.5. PRESCRIÇÃO NA HIPÓTESE DE CRIME

O § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 determina a utilização dos prazos prescricionais previstos na lei penal para aqueles ilícitos disciplinares que também forem considerados crimes, de acordo com a legislação vigente.

Assim, é certo que se determinada conduta sancionada pelo Direito Administrativo Disciplinar também é reprimida pelo ordenamento jurídico penal, os prazos prescricionais que deverão ser observados pelo aplicador da norma não são aqueles elencados no aludido art. 142, e sim os que se encontram previstos nos arts. 109 e 110 do Código Penal, calculados de acordo com a pena máxima prevista para o crime.

> ***Prescrição antes de transitar em julgado a sentença***
>
> *Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1° do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:*
>
> *I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;*
>
> *II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;*

297 Art. 126 - A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória

Art. 110. A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Percebe-se que, diante da necessidade de se perquirir qual o prazo prescricional aplicável em um delito disciplinar que também seja considerado crime, deve-se verificar qual a pena cominada àquele delito, para que então se aplique um dos prazos previstos nos incisos I a VI do art. 109 do Código Penal.

É conveniente esclarecer que a regra aqui aventada permite a observância do prazo prescricional penal independentemente de o ilícito disciplinar ser sancionado com demissão, suspensão ou advertência. Ou seja, a utilização de qualquer dos três prazos previstos nos incisos do art. 142 da Lei nº 8.112/90 pode ser afastada em virtude da presença de um fato criminoso, com a consequente aplicação do lapso temporal estatuído na legislação penal.

Frise-se que, ainda que a conduta do servidor seja um ilícito criminal, o que importaria a aplicação do inciso I do art. 132 da Lei nº 8.112/90 nos casos em que se trata de crime contra a Administração, é necessário o trânsito em julgado da decisão para que a autoridade administrativa determine a aplicação da penalidade máxima de demissão, tema já tratado no item 10.5.3.1.

Com efeito, denota-se que as penalidades de suspensão e advertência podem ser aplicadas ainda que a conduta infracional se amolde à legislação penal, desde que o fato não tenha sido apreciado de modo definitivo pelo Poder Judiciário, o que, em caso de condenação na esfera penal – repise-se, tratando-se especificamente de crime contra a Administração –, levaria necessariamente à demissão do servidor.

Para melhor ilustrar a aplicação da norma prevista no § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90, imagine-se um caso em que o servidor recebeu valores indevidos de particulares em razão de seu cargo, o que caracterizaria a prática de corrupção, conduta sancionada pelo ordenamento jurídico disciplinar, com aptidão para gerar a penalidade de demissão, nos termos do inciso XI do art. 132 da Lei nº 8.112/90. Tal comportamento também está previsto no art. 317 do Código Penal, que dispõe sobre o crime de corrupção passiva:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa

Desta forma, considerando que a pena *in abstracto* prevista na legislação criminal para o aludido delito vai de dois a doze anos, o prazo prescricional a ser utilizado será aquele previsto no inciso II do art. 109 do Código Penal. Ou seja, a prescrição da pretensão punitiva da Administração para a aplicação da penalidade de demissão não ocorrerá no prazo de cinco anos e sim no período de dezesseis anos.

Todavia, é possível que a instância criminal já tenha se pronunciado de modo definitivo sobre o ilícito, o que pode ter resultado na aplicação de uma pena para o infrator. Neste caso, utilizar-se-á a pena in concreto determinada pela autoridade judicial para o cálculo da prescrição disciplinar, de acordo com a regra estatuída no art. 110 do Código Penal:

> *Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.*

Vamos imaginar, no mesmo exemplo citado acima, que o servidor que praticara o crime de corrupção já tenha sido definitivamente julgado por esse delito, e que a pena aplicada pela autoridade judiciária, de acordo com os critérios do art. 68 do Código Penal[298], seja a de três anos de reclusão.

> *Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.*
>
> *Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.*

Nesta hipótese, a Administração Pública terá o prazo de oito anos para aplicar a penalidade de demissão ao servidor, tendo em vista o disposto no inciso IV do art. 109 do Código Penal.

A interpretação que permite a aplicação desses dois prazos prescricionais penais – em abstrato ou em concreto –, caso já tenha sido ou não prolatada decisão definitiva em eventual processo criminal, encontra respaldo em nossos tribunais. Veja a seguir decisão proferida no âmbito do STJ:

> *(...) deve-se aplicar os prazos prescricionais ao processo administrativo disciplinar nos mesmos moldes que aplicados no processo criminal, vale dizer, prescreve o poder disciplinar contra o servidor com base na pena cominada em abstrato, nos prazos do artigo 109 do Código Penal enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado para acusação.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 15648/SP - 2002/015. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 24/11/2006, publicado em 3/9/2007).*

É relevante notar que o § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 determina somente a aplicação do prazo prescricional penal para os ilícitos administrativos que também se amoldarem aos tipos criminais previstos na respectiva legislação. Deste modo, todas as regras debatidas anteriormente acerca do início do prazo prescricional, bem como da interrupção e suspensão daquele lapso continuam a valer, consoante jurisprudência pacífica. Ou seja, utilizam-se os prazos prescricionais previstos no art. 109 do Código Penal, mas ainda serão observadas as disposições legais lapidadas nos §§ 1º, 3º e 4º do art. 142 da Lei nº 8.112/90.

Nesta linha, é oportuno registrar as seguintes manifestações do STJ acerca do tema:

> *(…) 2. O prazo para a Administração aplicar a pena de demissão ao servidor faltoso é de 5 (cinco) anos, a teor do que dispõe o art. 142, inciso I, da Lei nº 8.112/90. Entretanto, havendo regular apuração criminal, o prazo de prescrição no processo administrativo disciplinar será regulado pela legislação penal, que, in casu, consoante o art. 316 c.c. o art. 109, inciso III, do Código Penal, é de 12 (doze) anos. 3. Na hipótese, a contagem do prazo prescricional foi interrompida com a instauração de novo PAD em 04/09/2003, voltando a correr por inteiro em 21/01/2004, após o transcurso de 140 (cento e quarenta) dias (prazo máximo para a conclusão do processo - art. 152, caput, c.c. o art. 169, § 2.º, ambos da Lei nº 8.112/90). Desse modo, tendo sido expedida a Portaria Demissionária da Impetrante em 19/05/2004, constata-se, à toda evidência, a não-ocorrência da prescrição da pretensão punitiva da Administração. (...)*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 9772/DF - 2004/0091280-5. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 14/9/2005, publicado em 26/10/2005)*
>
> *(…) 2. Havendo o cometimento, por servidor público federal, de infração disciplinar capitulada também como crime, aplicam-se os prazos de prescrição da lei penal e as interrupções desse prazo*

298 Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

> *da Lei nº 8.112/90, quer dizer, os prazos são os da lei penal, mas as interrupções, do Regime Jurídico, porque nele expressamente previstas. (…)*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 10.078/DF - 2004/0157321-3. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 24/8/2005, publicado em 26/9/2005)*

É conveniente enfatizar que, na esteira das regras apresentadas acima, nada impede que, em determinadas circunstâncias, o prazo prescricional penal utilizado acabe por ser inferior aos cinco anos previstos no inciso I do art. 142 da Lei nº 8.112/90. Ainda que a aplicação desta regra resulte na diminuição do lapso prescricional – o que, deve-se admitir, é um contrassenso, considerando que o fato do ilícito administrativo também ser um delito criminal é a causa desta redução –, tal possibilidade encontra amparo em nossos tribunais.

Assim, tendo em vista a falta de disposição legal em sentido contrário, admite-se que, em certas hipóteses, a aplicação do prazo prescricional penal possa resultar em uma redução do interregno que a Administração terá para exercer sua pretensão punitiva disciplinar em face do servidor.

Insta salientar que esta possibilidade pode resultar da aplicação da pena em abstrato de um crime ou da pena aplicada em definitivo pela autoridade judiciária (pena em concreto). Neste sentido:

> *1. Uma vez condenado o Recorrente na esfera criminal, quanto ao crime de roubo tentado, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, resta evidenciada a prescrição, tendo em conta que desde a data do fato 26/03/1996, até a instauração do processo administrativo, ocorrida em 27/09/2000, já havia decorrido prazo superior a 4 (quatro) anos, necessário à configuração da prescrição (…)*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 18.319/SC - 2004/0063557-5. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 5/9/2006, publicado em 30/10/2006)*

A doutrina se posiciona nesta mesma linha de entendimento. Ao tratar da aplicação da norma estatuída no § 2º do art. 142, Vinicius de Carvalho Madeira assevera que:

Importa esclarecer que nem sempre esta regra é favorável à administração. Se o fato em apuração é também um crime de corrupção, o prazo para a demissão provavelmente passará a ser maior do que 5 anos enquanto o processo criminal não estiver julgado. Mas, se o processo criminal for julgado, e for aplicada uma pena em concreto cujo correspondente prazo prescricional no Direito Penal seja de menos de cinco anos (…), a prescrição para a demissão acabará sendo menor do que cinco anos.[299]

Por fim, outro ponto que merece atenção refere-se à necessidade ou não de provocação da instância criminal para que a Administração possa utilizar os prazos previstos na legislação penal. Assim, é cabível indagar se há necessidade do início da persecução penal, como pressuposto para que a autoridade administrativa possa se utilizar dos prazos prescricionais insculpidos no art. 109 do Código Penal ou se bastaria o entendimento da Administração de que a infração correcional se amolda a um dos tipos previstos na lei penal.

A Advocacia-Geral da União - AGU, por meio do Parecer Vinculante nº JL-06, publicado no Diário Oficial da União de 13 de novembro de 2020, com fundamento no princípio da independência entre as instâncias, orienta que a aplicação do § 2º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 prescinde da existência de inquérito policial ou ação penal, ou seja, a capitulação da infração disciplinar também como crime pela Administração é suficiente para fundamentar a utilização dos prazos prescricionais penais.

15.6. ABANDONO DE CARGO

O prazo prescricional no abandono de cargo possui algumas peculiaridades. Em primeiro lugar, é oportuno ressaltar que, de acordo com o Parecer Vinculante nº GMF-6, o prazo para a Administração punir o servidor por abandono de cargo começa a contar da data de retorno ao serviço, e não após 30

299 MADEIRA, 2008, p. 169.

dias de ausência injustificada. Isso porque a infração de abandono de cargo prevista no inciso II do art. 132 do Estatuto é considerada de caráter permanente, tendo como termo inicial do prazo da prescrição direta – ocorrida antes da instauração do processo administrativo disciplinar – o dia em que cessar a permanência do ilícito. Vejamos abaixo:

> *Parecer GMF-6, Vinculante*
>
> *EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DISCIPLINAR. ANALOGIA COM O DIREITO PENAL. ABANDONO DE CARGO. NATUREZA PERMANENTE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CESSAÇÃO DA PERMANÊNCIA.*
>
> *I - As condutas que são objeto de persecução na esfera administrativa poderão, ante a omissão legislativa administrativa, por analogia e conforme avaliação do caso concreto, obedecer aos mesmos critérios do direito criminal, inclusive quanto a natureza jurídica das infrações e suas implicações quanto à contagem do prazo prescricional.*
>
> *II - A vontade do agente incide diretamente não apenas para a configuração do abandono de cargo, mas também para a situação de permanência que produz efeitos jurídicos, restando caracterizada, portanto, a prorrogação de sua base consumativa.*
>
> *III - A infração funcional de abandono de cargo possui caráter permanente e o prazo prescricional apenas se inicia a partir da cessação da permanência.*
>
> *IV - Deve-se ter a superação (overruling) das razões de decidir (ratio decidendi) sufragadas nos Pareceres GQ - 206, GQ - 207, GQ - 211 e GQ - 214, com eficácia prospectiva, com base nas recentes decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, na doutrina e na legislação ordinária estadual.*

A questão gira em torno da natureza jurídica da infração administrativa de abandono de cargo, bem como da definição de sua base consumativa.

É incontroverso que a intenção do agente (*animus abandonandi*) faz parte da base consumativa da infração de abandono de cargo e que essa vontade do agente incide diretamente também para a perduração da permanência da ilegalidade, de forma que, apesar de já estar configurada a infração, é o agente que delibera em se manter ou não na permanência do ilícito, fato que ainda acarreta consequências jurídicas (não recebimento de salários, contagem de tempo para promoção, aposentadoria, remoção, etc., manutenção formal de sua condição se servidor, podendo apresentar-se como tal, utilizar-se de dados e ter acesso a sistemas de uso exclusivo de agentes públicos), o que conduz a conclusão de que haveria uma prorrogação da base consumativa.

Além disso, tem-se que os ilícitos tanto disciplinares quanto penais se classificam, basicamente, em instantâneos, permanentes, e instantâneos com efeitos permanentes. O "*crime permanente existe quando a consumação se prolonga no tempo, dependente da ação do sujeito ativo*", segundo Fabbrini Mirabete. Seguindo essa mesma lógica jurídica para o direito administrativo disciplinar, teríamos que não apenas a vontade do agente incide diretamente para a configuração do abandono de cargo, mas, também, para a própria situação de permanência, tornando-o um ilícito administrativo de caráter permanente.

Destarte, o fato do abandono de cargo possuir a natureza jurídica de infração de caráter permanente, o termo inicial do prazo prescricional, a exemplo dos ilícitos criminais, só se dará a partir do dia em que cessar a permanência.

Desta forma, resta superado o entendimento anterior de que o abandono de cargo consistia em ilícito instantâneo, tendo sua consumação e consequentemente o marco inicial de sua prescrição no trigésimo primeiro dia de ausência ininterrupta e intencional do servidor.

Também foram superadas as razões de decidir sufragadas nos Pareceres GQ - 206, GQ - 207, GQ - 211 e GQ - 214, com eficácia prospectiva (futura).

Tais pareceres abordavam a hipótese de prescrição da punibilidade do abandono sem que o servidor solicitasse exoneração, o que impossibilitaria a aplicação da exoneração e da demissão após a apuração disciplinar, ocasião em que a Advocacia-Geral da União entendia que se devia operar a exoneração *ex officio*. Oportuno recordar que a jurisprudência do STJ já vinha rechaçando esse entendimento, que agora foi definitivamente superado pela AGU, até mesmo porque, agora, a prescrição do abandono do cargo não se consumará enquanto não cessar a conduta absenteísta do servidor.

Outra peculiaridade da infração disciplinar ora estudada – e aqui havia uma grande controvérsia – refere-se ao prazo prescricional. Os Pareceres-AGU nº GM-7 e GQ-144, ambos não vinculantes, afirmavam que o prazo prescricional para essa infração disciplinar seria o mesmo do crime de abandono de função, tipificado no art. 323 do Código Penal: três anos[300]. Senão vejamos:

> *Parecer AGU nº GM-7, não vinculante*
>
> *6. Quanto à prescrição, cumpre registrar que, segundo o Parecer AGU/WM-8/98 (Anexo ao Parecer GQ-144), citado na Nota da SAJ, previsto também como crime, o abandono de cargo tem o mesmo prazo de prescrição da lei penal, e da conjugação dos arts. 323 e 119, VI, do Código Penal e art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112, conclui-se que o prazo prescricional da infração "abandono de cargo" é de dois anos.*
>
> *Parecer AGU nº GQ-144, não vinculante*
>
> *Ementa: A designação de nova comissão de inquérito para prosseguir na apuração de irregularidade objeto do processo disciplinar inicial não interrompe, de novo, o curso do prazo prescritível, dado que a interrupção aludida no § 3º do art. 142 da Lei nº 8.112, de 1990, no tocante ao mesmo fato, ocorre uma só vez. A "decisão final" que, a teor do § 3º do mesmo art. 142, faz cessar a interrupção do transcurso do prazo de prescrição é pertinente ao processo disciplinar inicial válido, não repercutindo, como causa extintiva da ação disciplinar, aquela adotada em apuratório posterior, relativo à mesma irregularidade. O abandono de cargo é previsto como crime e, por esse fato, sua punibilidade extingue-se em dois anos.*
>
> *Código Penal*
>
> *Art. 323. Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei:*
>
> *Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.*
>
> *§ 1º Se do fato resulta prejuízo público:*
>
> *Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.*
>
> *§ 2º Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira:*
>
> *Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.*

No entanto, a Advocacia-Geral da União alterou seu entendimento acerca da matéria por meio do Parecer Vinculante nº AM – 02, publicado na seção 1 do Diário Oficial da União de 9 de abril de 2019. A partir da manifestação constante do Parecer nº 02/2017 da Comissão Permanente de Procedimentos Disciplinares – CPPAD, órgão integrante da Consultoria-geral da União, consolidou a AGU novas orientações quanto ao prazo de prescrição das infrações disciplinares que também são capituladas como crime, em especial o abandono de cargo, que deverão ser seguidas por todos os órgãos e entidades da Administração Federal (cf. art. 40, § 1º, da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União - Lei Complementar nº 73/1993) no sentido de que, inexistindo apuração dos fatos na esfera criminal, o prazo prescricional para a infração disciplinar de abandono de cargo é de 5 (cinco) anos, na esteira do que dispõe o art. 142, inciso I, e art. 132, inciso II, ambos da Lei nº 8.112/90.

300 Saliente-se que, à época da lavratura do Parecer nº GQ-144, o prazo prescricional para o crime do artigo 323 era de dois anos, conforme consta no texto do próprio parecer.

Por outro lado, caso exista apuração do mesmo fato na esfera criminal, devido à possibilidade de caracterização do crime de abandono de função (art. 323 do CP), o prazo prescricional para a Administração aplicar a penalidade demissória ao servidor que abandonou intencionalmente o cargo será menor, de 3 (três) anos, na forma do § 2º do art. 142 do Estatuto, combinado com art. 109, inciso VI, e art. 323, ambos do Código Penal.

Destarte, nos casos de possível abandono de cargo, uma vez instaurado o processo disciplinar de rito sumário (art. 140) e, ao final do apuratório restarem evidenciados indícios de potencial prejuízo à regularidade do serviço público que possam vir a caracterizar o crime de abandono de função previsto no art. 323 do Código Penal, a providência recomendada é a comunicação do fato com o envio de cópia dos autos com os elementos probatórios colhidos ao Ministério Público, em cumprimento aos art. 154 e 171 do Estatuto Funcional.

> *Art. 154. Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução.*
>
> *Parágrafo único. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar.*

Art. 171. Quando a infração estiver capitulada como crime, o processo disciplinar será remetido ao Ministério Público para instauração da ação penal, ficando trasladado na repartição.

Afinal, a AGU enfatiza:

> *(...) Não deve a administração, no uso de seu poder disciplinar, decidir se determinada infração disciplinar configura tipo penal e, consequentemente, utilizar a permissão insculpida no art. 142, §2º, da Lei nº 8.112, de 1990. Uma vez constatada a existência de indícios do cometimento de algum ilícito penal a providência a ser adotada pela Administração é o de efetuar a imediata comunicação a quem de direito, para adoção das providências cabíveis. (...)*

O Parecer Vinculante nº AM – 02 possui eficácia não retroativa ou prospectiva a partir de sua publicação no DOU, não prejudicando a validade dos atos praticados sob a égide do entendimento anteriormente em vigor, tendo em vista o princípio da segurança jurídica e o critério de vedação da aplicação retroativa de nova interpretação adotados pela Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

> *Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*
>
> *Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)*
>
> *XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.*

Dessa forma, encontram-se superadas as razões de decidir sufragadas nos Pareceres AGU nº GM-7 e GQ-144, motivo pelo qual todas as referências ao seu conteúdo foram excluídas deste Manual.

O abandono de cargo e o procedimento para a sua apuração estão descritos nos capítulos 10.5.3.2 e 14.3 deste Manual, respectivamente.

15.7. FATO PRESCRITO

Com o advento do fenômeno prescricional, a Administração Pública perde o poder de punir o agente infrator. É o que se chama de extinção da pretensão punitiva na esfera disciplinar. Não obstante a incidência

da prescrição no *ius puniendi* do Estado-Administração, o ordenamento jurídico é omisso ao dispor sobre o dever de apuração dos fatos que geraram o ilícito funcional.

No silêncio da lei, o entendimento que predomina na doutrina é o de que, mesmo com a ocorrência da prescrição, a Administração permanece com o dever de investigar e esclarecer os fatos.

Portanto, a prescrição da punibilidade não faz extinguir o direito de ação por parte da Administração, mas o poder estatal de punir o servidor. Considerando que a prescrição acarreta a extinção da punibilidade, trata-se de instituto relacionado à aplicação da penalidade, matéria de competência da autoridade julgadora, de modo que, como regra, não deve ser objeto de análise da comissão.

Caso a prescrição tenha ocorrido antes da instauração de procedimento correcional, deverá haver análise em concreto, de modo a deliberar-se sobre a conveniência e interesse da Administração em mover a máquina pública para apurar os fatos – é certo, porém, que, caso se entenda que não há mais motivos suficientes para a deflagração de procedimento disciplinar, tal decisão deve ser motivada de modo preciso, consoante tratado no item 15.2.1. Vale lembrar que este posicionamento foi objeto do Enunciado CGU nº 4, já transcrito anteriormente.

Por outro lado, verificado o transcurso do prazo prescricional durante o curso da instrução probatória, restando fulminada a aplicação da sanção disciplinar, caberá a comissão processante relatar a situação, podendo a autoridade instauradora decidir pelo arquivamento do processo.

Já no caso de verificar-se a ocorrência da prescrição ao final da fase instrutória, já realizado grande parte do dispêndio de recursos humanos e materiais, não se justifica a adoção de qualquer outra medida que não seja a conclusão regular do processo disciplinar, com a conclusão das fases de inquérito administrativo e julgamento.

No caso da ocorrência da prescrição ser alegada pelo indiciado em sua defesa, deverá a comissão tratar do tema em seu Relatório Final. Nada obstante, a declaração da ocorrência da prescrição caberá à autoridade julgadora, vez que, por ser matéria de ordem pública, independe de alegação do acusado, consoante dispõe o art. 112 da Lei nº 8.112/90.

Anteriormente, aplicava-se aos fatos prescritos o disposto no art. 170 da Lei nº 8.112/90, ou seja: "*Extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora determinará o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor*".

Entretanto, com o advento do Parecer da Advocacia-Geral da União nº 005/2016/CGU/AGU (aprovado pelo Presidente da República em 19/12/16 e publicado no DOU de 11/01/17, seção 1, págs. 15/18), vinculante, referido artigo perdeu sua aplicabilidade no âmbito da Administração Pública Federal. Segue parte do citado Parecer:

> *Estas são as razões pelas quais se conclui que a Administração Pública Federal deve observar, respeitar e dar efetivo cumprimento à decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do Mandado de Segurança n. 23.262/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, declarou a inconstitucionalidade do art. 170 da Lei n. 8.112/1990.*
>
> *Ante o exposto, tendo em vista a garantia da presunção de inocência, prevista no art. 5º, LVII, da Constituição, e em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 23.262/DF, a Administração Pública Federal deve observar a norma segundo a qual, no âmbito dos processos administrativos disciplinares, uma vez extinta a punibilidade pela prescrição, a autoridade julgadora não poderá fazer o registro do fato nos assentamentos individuais do servidor público.*

Por fim, interessa observar o que reza o art. 169 da Lei nº 8.112/90: "*A autoridade julgadora que der causa à prescrição de que trata o art. 142, § 2º, será responsabilizada na forma do Capítulo IV do Título IV*". Portanto, a lei prevê a possibilidade de se responsabilizar civil, penal e administrativamente a autoridade julgadora que der causa à prescrição, sem prejuízo de que qualquer outra autoridade seja responsabilizada quando provado o dolo ou a culpa no que tange à prescrição de ilícitos administrativos.

16. INVALIDADES

16.1. GENERALIDADES

A inobservância aos ditames da lei, bem como aos princípios norteadores do processo administrativo, pode acarretar a invalidade do processo disciplinar e sua consequente inaptidão para a produção de efeitos jurídicos. Deste modo, convém analisarmos a nulidade disciplinar, abrangendo suas possíveis causas, espécies e medidas a serem adotadas pelos sujeitos competentes.

Impende ressaltar que grassam divergências doutrinárias a respeito da classificação de vícios e respectivas consequências no direito administrativo. A matéria não está sistematizada em leis administrativas, o que sempre impeliu os estudiosos à procura de apoio na teoria geral do fato jurídico, que tradicionalmente é aplicada no direito civil, com algumas adaptações. Portanto, importa revisitar as noções elementares da teoria geral do fato jurídico para facilitar a compreensão do tema.

De acordo com a teoria geral do fato jurídico, as invalidades têm a natureza de sanção. Elas recusam os efeitos inerentes ao ato jurídico lato sensu em função de algum vício na sua formação. Trata-se de revide do ordenamento jurídico à conduta que viola as normas que o compõem. Marcos Bernardes de Mello leciona que:

> *A invalidade, por isso, tem o caráter de uma sanção que o ordenamento jurídico adota para punir certa espécie de ato contrário a direito (= ilícito). É verdade que aparenta diferenças relativamente às sanções que, de modo positivo, punem diretamente as pessoas, impondo-lhes ônus (como a perda da liberdade) e obrigações reparativas (como as de indenizar), porque a invalidade, em qualquer de seus graus (= nulidade ou anulabilidade), tem efeitos negativos, frustrantes dos fins a que se prestam, regularmente, os atos jurídicos. Mas só aparenta. Em essência, não há diferenças. Em qualquer das espécies há punição ao infrator da norma, só que a invalidade, se o não alcança em sua pessoa, diretamente, o atinge, recusando-lhe possa obter o objetivo colimado com a prática do ato jurídico invalidado.*[301].

As invalidades são instrumentos para nulificar atos jurídicos lato sensu (atos jurídicos stricto sensu e negócios jurídicos). A doutrina contempla a classificação dicotômica, segundo a qual os atos jurídicos estão sujeitos à nulidade (atos nulos) ou à anulabilidade (atos anuláveis). A distinção entre as sanções de invalidade decorre da espécie de vício que contamina o ato jurídico.

Os vícios que atraem a sanção de nulidade atingem a ordem jurídica em si, porquanto desrespeitam normas cogentes, enquanto aqueles que reclamam a anulabilidade vulneram interesse privado primordialmente. Por conseguinte, a doutrina tradicional ensina que a extensão da sanção acompanha a gravidade do vício para expurgá-lo do ordenamento. Destarte, a nulidade acarreta, em regra a ineficácia *erga omnes* do ato jurídico inquinado e não permite o seu saneamento por qualquer meio. A anulabilidade, por sua vez, tem a sua eficácia relacionada à pessoa diretamente afetada pelo vício, a quem se atribui o poder de confirmar o ato defeituoso, com base na autonomia da vontade.

Em síntese, os vícios que implicam nulidade podem ser alegados pelos interessados ou pelo Ministério Público, bem como decretados de ofício pelo juiz, pois são insanáveis, mesmo que pelo decurso do tempo[302]. Os vícios que implicam anulabilidade, em contrapartida, reservam apenas ao interessado a legitimidade para alegá-los em juízo, podendo ser sanados expressa ou tacitamente pelo sujeito diretamente

301 MELLO, 2010, p. 84 e 85.

302 Código Civil, Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

prejudicado com o ato jurídico lato sensu, seja por meio da sua conduta, seja por meio do exaurimento do prazo decadencial para anulação do ato ou negócio jurídico[303].

Conquanto mantida a classificação binária, a doutrina encetou debates a respeito da adequação da nomenclatura de origem francesa (nulidade e anulabilidade). Critica-se que o critério do bem jurídico prejudicado (ordem pública ou interesse privado) não distingue com exatidão ambas as espécies de invalidades. Ressalta-se que é possível nulidade decorrente de vício que compromete o interesse privado precipuamente e que depende de alegação exclusiva do interessado. Isso levou doutrinadores à elaboração da classificação de nulidades absolutas, que independem de provocação do interessado, e nulidades relativas, que não dispensam de manifestação do sujeito a quem é relativa à vulneração do interesse jurídico pelo ato viciado[304].

A despeito da controvérsia sobre a nomenclatura, o manual mantém o binômio que a doutrina clássica consagrou. Há, pois, nulidades e anulabilidades. A eficácia absoluta é reservada às nulidades, que posteriormente se converteram em nulidades absolutas, enquanto a eficácia relativa concerne às anulabilidades, que se transmudaram em nulidades relativas segundo os críticos. A razão pela opção conservadora reside no fato de que o legislador faz referência a atos nulos e anuláveis nos diplomas que normatizam o direito administrativo, de modo que não se vislumbra vantagem prática na tentativa de ignorar a nomenclatura positivada (arts. 2º e 3º da Lei nº 4.717/65 e arts. 26, § 5º, 53 e 55 da Lei nº 9.784/99 por exemplo).

Considerando-se a regência do princípio da legalidade na atividade administrativa do Estado consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição da República, parcela da doutrina defendia que o direito administrativo conhece apenas as nulidades, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público. Dessa maneira, os atos viciados sujeitam-se em tese às consequências próprias da nulidade, entre as quais se destaca a impossibilidade de convalidação. O principal exponente da corrente, que recebe a alcunha de monista, é Hely Lopes Meirelles, cuja obra contém a seguinte passagem:

[...] continuamos a não aceitar o chamado ato administrativo anulável no âmbito do Direito Administrativo, justamente pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre o público e não ser admissível a manutenção de atos ilegais, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência da legalidade administrativa.[305].

Nessa toada, faz coro Odete Medauar, que afirma:

> *No direito administrativo essa diferença não se sustenta, pois todas as normas são, em princípio, de ordem pública e todos os atos administrativos são editados para atendimento do interesse público. Mesmo na esteira da moderna tendência de se buscar a conciliação de todos os interesses envolvidos numa questão, até interesses privados, o interesse público há de prevalecer. Como bem nota Diogo de Figueiredo Moreira Neto, 'não se aplica o instituto civil da anulabilidade. Esta modalidade, de nulidade relativa, tem cabimento nos ramos privados do direito porque consulta aos interesses individuais disponíveis, quanto à manutenção ou desfazimento de um ato; o ato administrativo, distintamente, não pode ter sua validade ou invalidade pendente de interesses privados' (Curso de direito administrativo, 15. ed., 2009, p. 232)."*[306].

No entanto, prevalece a doutrina dualista em matéria de invalidades. O legislador, ao positivar os arts. 2º e 3º da lei da ação popular (Lei nº 4.717/65), adotou a corrente em questão, em que se reconhecem vícios ensejadores de nulidades ou de anulabilidades, distinguindo-se principalmente em função da viabilidade de convalidação do ato administrativo inquinado.

303 Código Civil, Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro. Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade. Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: [...]. Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

304 MELLO, op. cit., pp. 94-95.

305 MEIRELLES, 2013, p. 184.

306 MEDAUAR, 2018, p. 151.

Doravante, acrescentar-se-ão algumas observações sobre o regime jurídico aplicável aos atos nulos e anuláveis no direito administrativo, tendo em vista sobretudo a matéria disciplinar. Ademais, abordar-se-ão os atos inexistentes e meramente irregulares para diferenciá-los do rol dos atos inválidos (nulos e anuláveis), bem como os princípios regentes das invalidades processuais.

16.2. ESPÉCIES DE INVALIDADES

16.2.1. Nulidades

A apreciação inicial da legalidade do ato disciplinar deve recair sobre seus elementos, isto é: competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Doutrinariamente definidos como requisitos do ato administrativo, o rol decorre da interpretação do art. 2º da Lei nº 4.717/65 (lei da ação popular), abaixo reproduzido:

> *Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:*
>
> *a) incompetência;*
>
> *b) vício de forma;*
>
> *c) ilegalidade do objeto;*
>
> *d) inexistência dos motivos;*
>
> *e) desvio de finalidade.*

O vício que enseja a decretação de nulidade é considerado tradicionalmente insanável pela doutrina. Existe a lição recorrente de que o defeito em tela induz à presunção de prejuízo quer ao administrado, quer ao litigante em contencioso administrativo, impondo-se a invalidação do ato de ofício pela Administração. No direito penal, leciona-se, entretanto, que a presunção não é absoluta.

> *"No entanto, essa presunção de prejuízo não tem natureza absoluta. Na verdade, cuida-se de presunção relativa (iuris tantum), o que significa dizer que há uma inversão da regra do ônus da prova constante do art. 156, caput, do CPP. Portanto, a parte responsável pela arguição da nulidade absoluta fica exonerada da comprovação do prejuízo, cabendo à parte adversa demonstrar a inocorrência do prejuízo, caso tenha interesse na preservação do ato processual impugnado. Logrando êxito nessa comprovação, o vício processual não será declarado. Afinal, por força do princípio do prejuízo, não há por que se declarar uma nulidade, mesmo que de natureza absoluta, se não resultou qualquer prejuízo." (LIMA, 2016, p. 2114.)*

Ainda que exista o vício insanável para autorizar a decretação de nulidade, remanesce a oportunidade de ilidir a invalidação por meio da demonstração da ausência do prejuízo em concreto pela Administração. Prevalece a opinião de que a presunção de prejuízo é relativa (*juris tantum*), não obstante a existência de entendimento contrário de doutrinadores, como José Armando da Costa[307].

> *"As nulidades absolutas são aquelas que, afrontando o rito de concretização do ato processual, traduzem patente prejuízo para o acusado, ou trazem, por força de lei ou regulamento, a presunção juris et de jure dessa ofensa. Em razão dessas proeminências, não carecem essas nulidades de demonstração de prejuízo por parte do interessado."*

O prejuízo é requisito indispensável para invalidação de atos processuais. Nessa linha, o legislador positivou o art. 563 do CPP e o art. 282, § 1º, do CPC, cujas disposições subentendem a demonstração do prejuízo para legitimar a decretação de nulidade.

> *Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.*

307 COSTA, 2011, p. 437.

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

Os vícios que dão azo à nulidade diferenciam-se em razão do ônus da demonstração. A presunção de prejuízo exonera a parte prejudicada do ônus de comprová-lo. Cabe, em sede de PAD, à Administração o ônus de evidenciar que o prejuízo inexistiu para permitir a sobrevivência do ato, apesar do defeito insanável de formação. Não se deve olvidar que a invalidação consiste em sanção a ato ou negócio jurídico eivado de vício. Com relação ao direito processual, a sanção só se legitima se o ato jurídico *lato sensu* acarreta prejuízo ao processo, violando concretamente direito das partes ou a autoridade da jurisdição. O assunto será detalhado no subitem 16.6., quando se discorrerá sobre o princípio do prejuízo, tendo em vista a aplicação no processo administrativo disciplinar.

A identificação de vícios insanáveis não é livre de dificuldade. Na teoria geral, reputa-se insanável o vício por ofender a ordem jurídica. Enquanto o vício que atinge o interesse privado é suscetível de ser desconsiderado pelo particular, dado o fato de que ele atinge a liberdade e a boa-fé na exteriorização de vontade, o defeito que afeta a ordem jurídica vulnera em tese o interesse público, que não se submete ao arbítrio estatal. A vontade do Estado não tem condão de legitimar a tolerância com o desrespeito ao ordenamento positivo. Destarte, sustenta-se a indisponibilidade do interesse público, o que é reforçado na seara administrativa em virtude dos princípios reitores do art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Celso Antônio Bandeira de Mello arrola algumas balizas para discriminação dos atos nulos e anuláveis. Segundo ele[308], são considerados nulos "*os atos que a lei assim declare*" e "*os atos em que é racionalmente impossível a convalidação, pois, se o mesmo conteúdo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior*". Por sua vez, são atos anuláveis "*os que a lei assim declare*" e "*os que podem ser repraticados [sic] sem vício*".

O art. 2º da Lei nº 4.717/65 considera nulos os atos com vícios de competência, forma, finalidade, motivo e objeto. Em princípio, o ato administrativo eivado de qualquer dos vícios aludidos é insanável. No entanto, a doutrina mitiga a interpretação gramatical. Cumpre examinar cada um dos requisitos em diálogo com a disciplina da Lei nº 8.112/90, aduzindo as lições doutrinárias acerca do tema.

16.2.1.1. Competência

O art. 2º, parágrafo único, alínea "a", da Lei nº 4.717/65 define o vício de competência com a previsão de "[...] o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou". No processo administrativo disciplinar, a competência vincula todo o procedimento, desde a instauração até o ato de julgamento, consoante os arts. 143, 149, 150, 155, 167, entre outros, da Lei nº 8.112/90. Descabe a prática de atos processuais por quem não se encontra no polo ativo ou passivo da relação jurídica, assim como por quem não dispõe de autoridade funcional para deflagrar ou decidir a apuração.

José dos Santos Carvalho Filho expõe quatro critérios de atribuição de competência a agentes públicos: matéria, hierarquia, lugar e tempo (ou circunstância)[309]. A matéria consiste no tema que é encarregado ao órgão (educação, cultura, segurança pública). A hierarquia concerne à divisão de funções internas (instauração, instrução, decisão, recurso). O lugar diz respeito à descentralização territorial das atividades administrativas. O tempo refere-se ao prazo e às situações que autorizam o exercício de atribuições do órgão (em face de calamidade pública por exemplo).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que o vício de competência não é infenso ao ato de convalidação, ressalvado caso da competência exclusiva. Pode-se dizer, pois, que a competência exclusiva é a única que atrai a decretação de nulidade do ato defeituoso, já que insanável.

308 MELLO, 2013, p. 486.

309 CARVALHO FILHO, 2018, p. 169.

> *Quanto ao sujeito, se o ato for praticado com vício de incompetência, admite-se a convalidação, que nesse caso recebe o nome de ratificação, desde que não se trate de competência outorgada com exclusividade [...]*[310]

Nesse sentido, a doutrinadora defende que a competência exclusiva não se sujeita à delegação por força do art. 13 da Lei nº 9.784/99: a edição de atos normativos, decisão de recursos administrativos e matéria atribuída legalmente a órgão ou entidade (ratione materiae). Não havendo possibilidade de delegação, não subsiste sanabilidade para o ato. Por exemplo, a abertura de processo disciplinar em órgão com que o acusado não tem nenhuma relação funcional (Ministério da Saúde dá início a uma apuração em desfavor de servidor do Ministério da Justiça, apesar da completa ausência de vínculo hierárquico entre o agente público e aquela pasta). Todavia, importa trazer a lume o art. 143, § 3º, da Lei nº 8.112/90, que diz:

> *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.*
>
> *[...]*
>
> *§ 3º A apuração de que trata o caput, por solicitação da autoridade a que se refere, poderá ser promovida por autoridade de órgão ou entidade diverso daquele em que tenha ocorrido a irregularidade,* ***mediante competência específica para tal finalidade, delegada em caráter permanente ou temporário pelo Presidente da República, pelos presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, no âmbito do respectivo Poder, órgão ou entidade, preservadas as competências para o julgamento que se seguir à apuração.*** *(grifou-se)*

A competência para apuração de irregularidades é suscetível de delegação por ato do Presidente da República ou dos chefes dos demais Poderes da República. Ivan Barbosa Rigolin tece esclarecimentos sobre o dispositivo com o seguinte comentário[311]:

> *"O § 3º, incluído pela Lei n. 9.527/97, prescreve que a apuração da irregularidade de que tenha tido ciência a autoridade poderá dar-se não pela autoridade do órgão na qual ocorreu, porém pela de outro órgão, que exercerá esse poder por competência expressamente delegada, seja em caráter permanente, seja em caráter temporário ou apenas para aquele ensejo, pelas autoridades que o dispositivo elenca, conforme cada caso.*
>
> *Essas autoridades são o Presidente da República, os presidentes de cada casa do Congresso Nacional, o presidente de cada tribunal federal e o Procurador-Geral da República, sempre dentro de cada respectivo âmbito, porém fica sempre preservada a competência da autoridade hierárquica originária para o julgamento que se seguir àquela apuração.*
>
> *Pelo dispositivo pode portanto uma daquelas autoridades delegar competência para outra daquelas autoridades, específica para apurar irregularidades praticadas, dentro da organização chefiada pelo segundo, por um servidor da organização chefiada pelo primeiro; uma vez apurada, remetidos os autos à primeira autoridade, esta proferirá o julgamento, já que é o chefe originário do servidor*
>
> *Exemplificando, se um servidor do Executivo está emprestado ao Senado e aí pratica irregularidade funcional, uma vez disso ciente pode o Presidente da República delegar competência ao Presidente do Senado para apurar aquela irregularidade praticada no Senado, devendo os autos da respectiva apuração, após concluídos, ser encaminhados, com o conclusivo relatório da comissão apuradora, ao Presidente da República, para que este julgue o seu servidor até então emprestado ao outro Poder.*
>
> *Trata-se portanto da mera delegação de competência para apurar fatos ou denúncias, sem implicar o deslocamento da competência de julgar o servidor indiciado, que por medida de lógica organizacional e de administração de pessoal permanece atrelada ao chefe de seu Poder originário.".*

310 DI PIETRO, 2018, p. 328.

311 RIGOLIN, 2012, p. 441-442.

Independentemente da classificação do vício de competência quanto à sanabilidade, a teoria das invalidades processuais adota solução que uniformiza o tratamento no art. 64, §§ 3º e 4º, do CPC, que é aplicável supletiva e subsidiariamente aos processos administrativos, por força do art. 15 desse diploma processual.

> *Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.*
>
> *[...]*
>
> *§ 3º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente.*
>
> *§ 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.*

O direito processual impõe a conservação das decisões, ainda que eivadas de vício de competência, ressalvado o poder de revisão do juízo competente. Nada obsta à aplicação da regra no direito administrativo processual. Não importa se o defeito atinge competência absoluta ou relativa. A decretação de nulidade dos atos processuais deve pautar-se pelo princípio do prejuízo para que se legitime a medida.

> *[...] Trata-se de regra inovadora, uma vez que o Código revogado inquinava de nulidade os atos decisórios (CPC/1973, art. 113, § 2º). A legislação atual, portanto, adota entendimento diverso: as decisões proferidas pelo juízo incompetente apenas serão invalidadas: (i) se o próprio juiz incompetente revogá-las; ou, (ii) se o magistrado destinatário proferir outras sobre a mesma questão.*
>
> *O novo Código seguiu a orientação de parte da doutrina que, mesmo no regime do CPC de 1973, entendia não ser possível considerar nulos todos os atos decisórios emanados do juízo incompetente. É o que ocorria na legislação revogada com as decisões de deferimento de medidas de urgência que, dada sua alta relevância para assegurar a efetividade da prestação jurisdicional, não haveriam de ser consideradas automaticamente invalidadas. O que antes era visto como exceção, torna-se agora regra aplicável à generalidade dos atos decisórios do juiz incompetente.*[312]

Não há razão para invalidação automática de atos processuais em sede administrativa igualmente. A norma tem aplicação evidente nas etapas de instauração e julgamento de sindicâncias e processos disciplinares. Há necessidade, pois, de manifestação da autoridade competente acerca do ato contaminado pelo vício a fim de decretar a nulidade, se resultou em prejuízo ao servidor, ou dar provimento com idêntico teor, mantendo os efeitos da decisão atacada. A omissão da Administração a respeito da correção do defeito viabiliza ao interessado o acesso ao Poder Judiciário, que invalidará o procedimento parcial ou totalmente, a depender da fase em que se produziu o ato inquinado, pelo descumprimento do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República) e do juiz natural (art. 5º, inciso LIII, da Constituição da República).

Não se admite a inércia injustificada da Administração no desempenho dos poderes-deveres que lhe tocam. Ao comentar o art. 64 do CPC, Humberto Theodoro Júnior alerta que a regra não se traduz em salvo-conduto para desprezar as normas sobre competência:

Diante da insanabilidade da incompetência absoluta, nem mesmo a coisa julgada a supera em caráter definitivo. Pode, assim, ser objeto de invalidação por meio de ação rescisória a sentença trânsita em julgada, prolatada por juiz absolutamente incompetente (art. 966, II).[313]

O pronunciamento da Administração é dever decorrente do princípio da oficialidade, mediante o exercício da autotutela sobre os atos administrativos, o que será abordado no subitem 16.5., logo adiante.

312 THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 255.

313 Ibidem, p. 255.

16.2.1.2. Forma

O art. 2º, parágrafo único, alínea "b", da Lei nº 4.717/65 positiva que "o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato". Trata-se da espécie de defeito mais frequente nas ações correcionais.

A forma é meio de exteriorização da vontade. O art. 22 da Lei nº 9.784/99 tempera o formalismo com regras básicas para produção de atos processuais, dispensando modelos estanques.

> *Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.*
>
> *§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.*
>
> *§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.*
>
> *§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.*
>
> *§ 4º O processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas.*

No entanto, a forma não diz respeito apenas aos vícios dos atos isoladamente. A forma é o requisito de validade que encarece a garantia do devido processo legal, consoante o art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República. Traduz-se na obediência às normas regentes do procedimento.

A Lei nº 8.112/90 contém várias disposições sobre o rito das ações disciplinares. Há normas sobre as etapas do processo ordinário e sumário, os requisitos dos membros da comissão de inquérito, as garantias dos membros e dos acusados, o conteúdo de atos processuais (indiciamento e relatório final), bem como os prazos processuais, entre outros aspectos do Título V do Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

De maneira similar à abordagem acerca da competência, os doutrinadores moderam a interpretação gramatical do art. 2º, parágrafo único, "b", da Lei nº 4.717/65, que impõe a sanção de nulidade ao vício de forma. Leciona-se que existe espaço para nulidade e anulabilidade, ou seja, tanto o defeito pode ser insanável quanto sanável.

A aplicação de punição disciplinar sem abertura de PAD é inválida por inobservância de forma. O exemplo é considerado defeito insanável. O desrespeito de normas da citação, a título de ilustração, é suscetível de convalidação pela conduta do interessado. A participação do ato processual por quem foi citado irregularmente saneia o vício de forma. Nesse sentido, dispõe o art. 239, § 1º, do CPC[314]: "*O comparecimento espontâneo do réu ou do executado supre a falta ou a nulidade da citação, fluindo a partir desta data o prazo para apresentação de contestação ou de embargos à execução*". Na hipótese da punição sem o processo, a conduta do servidor não tem condão de conferir legitimidade ao ato. É inviável o acolhimento espontâneo do jus puniendi estatal por violar interesse indisponível.

Os arts. 276, 277 e 283 do CPC disciplinam a invalidação de vício de forma no processo civil. O art. 572 c/c art. 564, inciso IV, do CPP também trata do defeito de formalidade no processo penal. Eis os dispositivos abaixo.

> *Art. 276. Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.*
>
> *Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.*

314 O art. 570 do CPP veicula norma similar: "A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumar-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.".

Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, d e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas:

I - se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

O legislador positiva vários princípios para regular a invalidação por defeito de forma (boa-fé, prejuízo, aproveitamento), os quais informam a decretação de nulidade e anulabilidade, sem distinção, como se perceberá nos subitens 16.6. a 16.10., adiante. É interessante que ele prestigiou a vontade da parte mediante a preclusão lógica no art. 572, inciso III, do CPP. Denota assim perfilhar o entendimento de que o vício é sanável, ao contrário da disposição literal do art. 2º, parágrafo único, "b", da Lei nº 4.717/65. No entanto, doutrinadores administrativistas consideram que o vocábulo do art. 2º (nulidade) não se refere estritamente ao sentido clássico da teoria geral. Nesse diapasão, trata-se de gênero (nulidade), de que são espécies a nulidade absoluta e a nulidade relativa, enquanto as menções a anulação ou anuláveis significam em tese invalidação e invalidáveis respectivamente. No CPP, realmente se nota o uso indiscriminado da palavra "nulidade" no art. 564, cuja discriminação é dependente de outros dispositivos, que irrogam a possibilidade de convalidação de alguns vícios, mas vedam-na no tocante aos demais, como é o caso do art. 572, caput, da lei processual penal. Em suma, a divergência doutrinária deriva de suposta imprecisão da técnica legislativa dos diplomas[315].

Em essência, constatar-se-á que a concretização dos princípios processuais prevalece sobre os vícios insanáveis e sanáveis. Nessa toada, cumpre a transcrição de ementa do Ag. Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 35.056/DF, no qual o STF manteve o julgamento de Ministro de Estado, a despeito da comprovação de que havia membro da comissão de inquérito em sede de PAD sem o requisito da estabilidade imposta pelo art. 149, caput, da Lei nº 8.112/90, baseado no princípio do prejuízo (*pas de nullité sans grief*), o que sobrepujou o defeito de forma do processo.

Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Alegação de descumprimento de decisão proferida no MS nº 2009.34.00.037833-8. Não ocorrência. Processo disciplinar. Comissão processante. Participação de servidor não estável. Ausência de comprovação de eventual prejuízo. Essencialidade da demonstração de prejuízo concreto para o reconhecimento da nulidade do ato. Princípio do pas de nullité sans grief. Precedentes. Agravo regimental não provido.

1. O Ministro de Estado da Justiça não fica impedido de julgar processo disciplinar em razão de decisão proferida em mandado de segurança impetrado perante o juízo de primeiro grau, uma vez que tal autoridade se submete a jurisdição distinta nessa espécie de demanda. No caso, ademais, o Ministro de Estado julgou o processo disciplinar em decisão publicada em 3/5/11, quando já havia sido denegada a ordem no mandamus em referência e cassada a decisão precária que impedia ao Diretor-Geral do DEPEN, a aplicação de penalidade aos impetrantes.

315 O problema também se verifica no CPC, que reúne as espécies de invalidação sob o termo "nulidades" (arts. 276 a 283) e emprega a palavra "anulação" com o sentido de invalidação (arts. 11 e 12, § 6º, inciso I), apesar do uso do verbo "invalidar" em certas ocasiões (art. 279, § 1º).

2. Não há que se falar em nulidade do processo administrativo disciplinar por ausência de estabilidade de membro da comissão que, tendo adquirido estabilidade 15 dias após a instauração da comissão sindicante, não praticou ato de instrução processual antes disso.

3. O reconhecimento de nulidade exige a demonstração de prejuízo, de acordo com o princípio do pas de nullité sans grief, o que não ocorreu na espécie.

4. Agravo regimental não provido.

(Ag.Rg. no RO em MS 35.056/DF, 2ª turma, Min. Rel. Dias Toffoli, julgado por unanimidade em 15.12.2017, publicado em 18.12.2017)

Entre os vícios de forma, merece especial atenção o defeito na motivação dos atos. A motivação é a exposição dos motivos (pressupostos fáticos e jurídicos) autorizadores do exercício de atos pela Administração. O art. 50, incisos I, II, V, VII e VIII, da Lei nº 9.784/99 irroga o dever geral de motivar os atos administrativos, *in verbis*:

"Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

[...]

V - decidam recursos administrativos;

[...]

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.".

O dispositivo legal tem incidência vasta no regime jurídico do processo disciplinar. É notável a aplicação em função dos arts. 110 (direito de requerer), 148 (justa causa para instauração de PAD), 156 (direito à produção de provas), 161 (indiciação), 163 (designação de defensor dativo), 165 (relatório conclusivo) e 168 (julgamento), entre outros, da Lei nº 8.112/90. Para todos os atos aludidos, a motivação é imprescindível, sobretudo se a decisão implicar indeferimento de pleito do acusado (art. 50, inciso I, da Lei nº 9.784/99) ou impuser sanção (art. 50, inciso II, da Lei nº 9.784/99) por força das garantias à ampla defesa e ao contraditório (art. 153 da Lei nº 8.112/90 e art. 5º, inciso LV, da Constituição da República).

Existe a discussão sobre a consequência da falta ou inidoneidade de motivação. Celso Antônio Bandeira de Mello ministra a lição de que a motivação deficiente repercute na validade dos atos conforme a modalidade de competência para o exercício: vinculada ou discricionária. Segundo o doutrinador, tratando-se de competência vinculada, o vício de forma na motivação é sanável, pois os fatos e fundamentos jurídicos (motivos) podem ser comprovados ulteriormente. Em se tratando de competência discricionária, salvo exceções, "*[...] o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, 'fabricar' razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração, quando da prática do ato. [...]*"[316].

Os atos que compõem os procedimentos disciplinares são exercidos no desempenho de competência vinculada, segundo a opinião mais moderna. Na aplicação de penalidades, é comum encontrar arestos que invalidam sanções por violação ao princípio da proporcionalidade (art. 2º da Lei nº 9.784/99 e art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República) ou decisões que afrontam garantia à ampla defesa e ao contraditório (art. 153 da Lei nº 8.112/90 e art. 5º, inciso LV, da Constituição da República). Não há margem à conveniência e oportunidade quando se exerce o poder administrativo sancionador.

316 MELLO, 2013, p. 406-407.

A lição de Celso Antônio Bandeira de Mello carece de cuidados no tocante à atividade disciplinar. A indiciação deficiente na motivação, isto é, sem comprovação clara dos fundamentos de fato e de direito contém vício grave de forma[317]. Viola a garantia do indiciado ao contraditório. Mesmo que a autoridade julgadora localize nos autos as provas não indicadas na peça acusatória, é ilegítima a condenação do autor da infração, porque o defeito da indiciação repercute na qualidade da defesa escrita. Entretanto, é viável a absolvição se constatada perda de punibilidade (prescrição), o que ilide a necessidade de invalidação da indiciação e dos atos subsequentes ex vi do princípio da primazia do mérito (subitem 16.8.) nos termos do art. 282, § 2º, do CPC: "*Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta*.". Tal entendimento tem sintonia com o art. 112 da Lei nº 8.112/90, que diz: "*A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração*.".

O ponto que se deve ressaltar é a importância de aferir as consequências de decretar a invalidade de atos processuais. Na hipótese de vício ocasionado pela Administração, a invalidação deve ser promovida, desde que a manutenção do ato implique prejuízo concreto ao acusado. Em caso de ser viável decisão favorável ao servidor, a invalidação perde o intento de sanção, já que a decisão de cominá-la pune a vítima do vício (indiciado) em vez do autor do defeito nesta circunstância com o prolongamento desnecessário do litígio.

16.2.1.3. Objeto

Consta do art. 2º, parágrafo único, alínea "c", da Lei nº 4.717/65 que "*a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo*". A doutrina instrui que o vício decorre de objeto ilícito, impossível ou indeterminável. Em sede punitiva, José dos Santos Carvalho Filho aduz o exemplo de "*[...] o agente, diante do fato previsto na lei, aplica ao indivíduo sanção mais grave que a adequada para o fato.*"[318].

No exemplo, a punição, que é o objeto do ato administrativo, padece de ilicitude. Não há cabimento entre o motivo (infração) e o objeto (sanção imputada). O art. 168, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90 atribui à autoridade julgadora o dever de revisão da pena proposta em relatório caso contrarie as provas dos autos. O dispositivo visa à readequação do objeto do julgamento aos motivos a fim de prevenir a invalidação do ato final do procedimento.

A AGU, por meio do Parecer nº GQ-177, vinculante, mantém o posicionamento de que o ato de "*[...] julgamento de processo disciplinar de que advém a aplicação de penalidade mais branda que a cominada em lei, efetuado pela autoridade instauradora, não obsta que aquela efetivamente competente julgue e inflija a punição adequada, sem que esse ato caracterize dupla irrogação de pena, em razão de um mesmo fato ilícito*".

O entendimento da AGU tem especial relevância em função da manifestação posterior do Parecer nº GQ-183, vinculante, que preconiza: "*É compulsória a aplicação da penalidade expulsiva, se caracterizada infração disciplinar antevista no art. 132 da Lei n. 8.112, de 1990*". Dessa maneira, a cominação de advertência ou suspensão por infração capitulada no art. 132 da Lei nº 8.112/90 está inquinada de vício no objeto (espécie de pena) do julgamento em face da incongruência com o motivo (infração ao art. 132), conforme o parecer da AGU. Noutras palavras, ainda que exista a congruência entre o motivo (infração disciplinar) e o objeto (punição), não se admite qualquer punição. A inflição de penalidade mais branda do que o enquadramento disciplinar demanda vicia o objeto (sanção em concreto) do ato administrativo.

O objeto também é deficiente no caso de ser impossível fática e juridicamente[319], bem como indeterminável (inclusive quanto ao destinatário). A impossibilidade fática consiste no ato que veicula conteúdo

317 Lei nº 8.112/90, art. 161. Tipificada a infração disciplinar, será formulada a indiciação do servidor, com a especificação dos fatos a ele imputados e das respectivas provas.

318 CARVALHO FILHO, 2018, p. 213.

319 Há quem não enxergue diferença entre impossibilidade jurídica e ilicitude. Com base na concepção de que se confundem os conceitos, o legislador eliminou a possibilidade jurídica do pedido do rol de condições da ação do CPC/2015 (art. 330). Pode-se exemplificar impossibilidade jurídica com a prolação de perdão por autoridade julgadora de PAD após exaurimento da instrução e comprovação da infração disciplinar do indiciado, o que não é abrigado pela Lei nº 8.112/90.

insuscetível de concretização. A impossibilidade jurídica é o conteúdo sem respaldo do Direito. A indeterminabilidade procede da indefinição quanto ao conteúdo ou ao sujeito a que se destina. Por exemplo, a aplicação de suspensão sem delimitação do tempo (quantidade de dias) peca na extensão da punição, enquanto a inflição de advertência sem indicar o destinatário num processo disciplinar com pluralidade de indiciados compromete a individualização da pena (aspecto subjetivo do objeto do ato administrativo).

A doutrina ensina que o vício no objeto é insanável. Trata-se de hipótese que enseja a nulidade do ato. Excepciona-se o ato com objeto plural, isto é, com conteúdos diversos. No julgamento de mais de um indiciado, a invalidade da pena de um não implica necessariamente a da sanção dos demais. A questão tem pertinência com o princípio do aproveitamento dos atos processuais, que será examinado no subitem 16.7. adiante.

16.2.1.4. Motivo

O art. 2º, parágrafo único, alínea "d", da Lei nº 4.717/65 reza que "*a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido*". Na esteira das lições de José dos Santos Carvalho Filho[320], o vício no motivo decorre de sua inexistência, falsidade ou incongruência[321].

Para o doutrinador[322], o "*Motivo de direito é a situação de fato eleita pela norma legal como ensejadora da vontade administrativa*" (suporte fático abstrato, de acordo com a teoria geral do fato jurídico), ao passo que o "*Motivo de fato é a própria situação de fato ocorrida no mundo empírico, sem descrição na norma legal*" (suporte fático concreto, segundo a teoria geral do fato jurídico). Em matéria de direito disciplinar, o motivo de fato é a conduta comprovada nos autos, enquanto o motivo de direito consiste no enquadramento legal. Havendo subsunção da conduta no enquadramento, há incidência da norma administrativa no caso concreto (configuração da infração).

O motivo inexistente e o motivo falso são equivalentes. Falece à norma a premissa que autoriza a geração dos efeitos jurídicos. Não se concretiza o pressuposto previsto no ato normativo nessas hipóteses. A incongruência difere. Assemelha-se à discussão anterior acerca do vício de objeto, o que reclama o apontamento da distinção.

A congruência entre o motivo e o objeto consiste na pertinência do fundamento fático e jurídico com o objetivo do ato. No exemplo da aplicação de advertência por transgressão ao art. 132 da Lei nº 8.112/90, o vício afeta o objeto, mas não o motivo. O motivo reside no cometimento da falta disciplinar. O objeto consubstancia o objetivo do ato, que é punir o infrator. A advertência é espécie de punição ao lado da demissão. Existe congruência entre o motivo (violação do art. 132) e o objeto (punição). No entanto, a advertência não é a reprimenda cabível na hipótese de afronta ao art. 132 do Estatuto. O objetivo do ato não foi satisfeito pelo objeto. O vício encontra-se no objeto eleito pela Administração. Diferentemente, constata-se incongruência entre o motivo e objeto do ato na ocasião de os pressupostos não se relacionarem com o objetivo. Costuma-se exemplificar com a remoção de servidor motivada pela perpetração de infração funcional. A infração (motivo) não é o pressuposto[323] da remoção (objeto), pois ela não é espécie de punição. O vício encontra-se no antecedente (motivo) ao invés do consequente (objeto). O vício de objeto da advertência tem fundamento na desobediência ao art. 132 da Lei nº 8.112/90, ou seja, o objeto é ilícito. O vício da remoção reporta-se à ausência das premissas, ou seja, à inexistência de motivos. José dos Santos Carvalho Filho ilustra a incongruência dos motivos com o objeto com a seguinte narrativa: "*a Administração revoga várias autorizações de porte de arma, invocando como motivo o fato de um dos autorizados ter se envolvido em brigas. Em relação aos demais, que não tiveram esse envolvimento,* ***o motivo não guarda com-***

320 CARVALHO FILHO, 2018, p. 213.

321 Celso Antônio Bandeira de Mello classifica a hipótese como vício de "causa" do ato administrativo (MELLO, 2013, p. 412).

322 CARVALHO FILHO, 2018, p. 174.

323 Os motivos de remoção constam do art. 36 da Lei nº 8.112/90: interesse do serviço, acompanhamento de cônjuge ou companheiro e processo seletivo de órgão ou entidade da Administração. Como a infração disciplinar não pertence ao rol, o suporte fático da remoção não se preenche. Há inexistência de motivo, não ocorrendo a subsunção.

***patibilidade lógica com o resultado do ato**, qual seja, a revogação da autorização. Desse modo, a revogação só é válida em relação àquele que perpetrou a situação fática geradora do resultado do ato.*"[324] (grifou-se).

O vício no motivo representa o defeito na subsunção do fato à norma. Trata-se de caso de nulidade. Inexiste meio de convalidação. No direito administrativo disciplinar, o vício tem especial pertinência com o mérito da causa. O processo de revisão do art. 174 da Lei nº 8.112/90 é ferramenta vocacionada ao tratamento do defeito, porque pretende a rediscussão da legitimidade dos motivos e da finalidade da ação disciplinar: "*O processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada*.".

A inadequação dos motivos deslegitima a geração de efeitos do ato administrativo por falta de enquadramento dos fatos na hipótese normativa. Acarreta afronta ao princípio da legalidade (art. 37, caput, da Constituição da República). Apesar de suscetível à decretação de nulidade, impõe-se a observação dos princípios dos subitens 16.4. a 16.10. a fim de averiguar a utilidade da medida a respeito do caso concreto de acordo com o comando do art. 20, parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): "A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.".

16.2.1.5. Finalidade

O art. 2º, parágrafo único, alínea "e", da Lei nº 4.717/65 esclarece que "*o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência*". Trata-se de vício grave, que se identifica com a previsão de ato de improbidade positivada no art. 11, inciso I, parte final, da Lei nº 8.429/92: "*praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou **diverso daquele previsto, na regra de competência***" (grifou-se).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro[325], a finalidade traduz-se no efeito mediato do ato, ao passo que o objeto consiste no efeito imediato. Em concreto, a demissão, advertência e suspensão são espécies de punição. Cada espécie representa um objeto dirigido à mesma finalidade (punir). No exemplo da remoção fundada em infração funcional, consignou-se haver vício nos motivos, já que as transgressões estatutárias não consubstanciam o fundamento fático e jurídico da remoção. Contudo, há sem dúvida vício na finalidade, quando se analisa da perspectiva dos antecedentes (motivos), pois a remoção não tem fim punitivo na Lei nº 8.112/90.

Com base no art. 2º, parágrafo único, "e", da Lei nº 4.717/65, que define o conceito de desvio de finalidade, a doutrina tende a aproximar os requisitos da finalidade e da competência. Em síntese, o desvio de finalidade consiste no mau uso da competência administrativa. O agente público exercita o poder de remover alguém com o intento de castigá-lo, como já se ilustrou, despreocupado com o dever de atender o interesse da Administração no andamento do serviço. A finalidade assim é um requisito objetivo, cujo contorno procede apenas da norma por meio das regras de competência, o que é perceptível do ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello: "*Finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados.*"[326].

José dos Santos Carvalho Filho examina o assunto e pontua considerações a respeito do perfil objetivo do requisito de validade:

> *"Os autores modernos mostram a existência de um elo indissociável entre a finalidade e a competência, seja vinculado ou discricionário o ato. A finalidade, retratada pelo interesse público da conduta administrativa, não poderia refugir ao âmbito da competência que a lei outorgou ao agente. Em outras palavras, significa que, quando a lei define a competência do agente, a ela já vincula a finalidade*

324 CARVALHO FILHO, 2018, p. 179.

325 DI PIETRO, 2018, p. 289.

326 MELLO, 2013, p. 409.

a ser perseguida pelo agente. Daí a acertada observação de que 'ocorre o desvio de poder quando a autoridade administrativa, no uso de sua competência, movimenta-se tendente à concreção de um fim, ao qual não se encontra vinculada, ex vi da regra de competência'.

Segundo alguns especialistas, o desvio de finalidade seria um vício objetivo, consistindo no distanciamento entre o exercício da competência e a finalidade legal, e, por tal razão, irrelevante se revelaria a intenção do agente [...]. Não endossamos esse pensamento. Na verdade, o fato em si de estar a conduta apartada do fim legal não retrata necessariamente o desvio de finalidade, vez que até por erro ou ineficiência pode o agente cometer ilegalidade. O desvio pressupõe o animus, vale dizer, a intenção deliberada de ofender o objetivo de interesse público que lhe deve nortear o comportamento. Sem esse elemento subjetivo, haverá ilegalidade, mas não propriamente desvio de finalidade."[327].

Para Marçal Justen Filho[328], a expressão "*finalidade*" deve vir no plural. Explica que o vínculo legal a que se sujeita o agente público reduz-se à diretriz de que "*[...] nenhum fim privado ou alheio ao bem da coletividade pode ser perseguido por meio de competências estatais*". Acrescenta, no entanto, que à medida que aumenta a autonomia do servidor acerca dos meios para concretizar os fins da lei, amplia-se proporcionalmente a discricionariedade na escolha da finalidade concreta dos atos administrativos.

> *"A autonomia no tocante aos fins surge à medida que se outorga autonomia quanto aos meios, especialmente se as finalidades concretas de certa providência administrativa não estiverem indicadas normativamente. O agente estatal que dispõe de autonomia para escolher a oportunidade e a conveniência de determinado ato disporá, usualmente, de autonomia também quanto à finalidade a ser buscada exceto quando a norma explicitamente indicar a finalidade concreta a ser buscada, o que raramente ocorre." (JUSTEN FILHO, 2016, p. 430)*

O exercício do poder disciplinar é atividade amplamente vinculada tanto na aplicação das sanções, quanto no desenvolvimento do rito. Há atos com a finalidade de comunicar (notificação, intimação, citação), de punir (advertência, suspensão, demissão), de acusar (denúncia, indiciação, representação funcional), de provar (testemunho, perícia, inspeção) e de contestar (defesa escrita e interrogatório), entre outras. O cumprimento da finalidade informa a concretização do princípio do prejuízo (subitem 16.6.), segundo o qual a finalidade prevalece sobre a forma (art. 277 do CPC).

O vício de finalidade induz nulidade para a doutrina. É insanável. O ato que não atinge a finalidade não tem validez. No entanto, como o processo é exteriorizado por um conjunto ordenado de atos (procedimento), o vício, ainda que insanável, de um deles não compromete necessariamente todos os outros. Impende a averiguação de princípios auxiliares, como o da primazia do mérito, o do aproveitamento dos atos processuais e o da boa-fé processual. A decretação de nulidade processual insere-se numa avaliação abrangente da relação jurídica materializada no procedimento, descabendo a invalidação automática de atos, sob pena de desrespeitar a inteligência do art. 20, caput, da LINDB: "*Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*".

16.2.2. Anulabilidades

Os vícios que ensejam anulabilidade são reputados menos graves do que os defeitos de nulidade, razão pela qual se permite o saneamento por meio da convalidação, conforme disposição do art. 55 da Lei nº 9.784/99:

> *"Art. 55. Em decisão da qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.".*

Não se esclarece, entretanto, quais vícios encaixam-se na classificação de anuláveis. O art. 3º da Lei nº 4.717/65, ao dispor sobre o assunto, informa que "*Os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público*

327 CARVALHO FILHO, 2018, p. 180-181.

328 JUSTEN FILHO, 2016, p. 429-431.

ou privado, ou das entidades mencionadas no art. 1º, cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.". Pela leitura do artigo, cuida-se de vícios diferentes dos que constam do art. 2º da lei da ação popular, o qual enumera os requisitos dos atos administrativos (competência, forma, objeto, motivo e finalidade).

A doutrina dualista ainda se depara com dificuldade na sistematização dos vícios que dão azo à anulabilidade dos atos administrativos. Costumam-se apontar os defeitos quanto à forma e à competência apesar da literalidade do art. 2º, caput, da Lei nº 4.717/65. De todo modo, diante da imprecisão técnica do legislador no tratamento da disciplina das "nulidades" em diversos diplomas, não se pode descartar tal posicionamento. Todavia, resta uma questão. Existem outros exemplos das anulabilidades?

Na teoria geral do fato jurídico, as anulabilidades têm relação com a exteriorização de vontade dos sujeitos de direito. Se a manifestação de vontade contiver alguma deficiência, logo o ato está eivado de vício e sujeita-se à anulação, conforme o art. 171, inciso II, do Código Civil: "*Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores*.".

Outra razão de anulabilidade reside na incapacidade relativa dos agentes, que figuram no rol do art. 4º do Código Civil, o que, de certa maneira, consiste na tutela de sujeitos contra quem pesa a presunção de vontade deficiente (menores púberes, ébrios habituais, pródigos, etc.), de sorte que os contemplou o art. 171, inciso I, do CC/02: "*Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] por incapacidade relativa do agente;*".

A anulabilidade distingue-se pelo fato de ser sanável. Como o vício concerne à vontade deficiente do sujeito, a correção do defeito de vontade convalida o ato ou negócio jurídico. Destarte, cabe ao sujeito examinar a conveniência de confirmar ou anular o ato/negócio. Por isso, entende-se que a anulabilidade diz respeito à proteção de interesses privados, porque a autonomia privada (da vontade) obtém realce em matéria de invalidação, dependendo de arguição do interessado em juízo.

No direito processual penal, a anulabilidade (nulidade relativa) difere-se da nulidade (nulidade absoluta) em razão do ônus probatório do prejuízo ocasionado pelos vícios. A nulidade traz consigo a presunção relativa de prejuízo. A anulabilidade precisa de demonstração do prejuízo que o vício causou por quem o alega. Em síntese, os casos de anulabilidade no processo penal aludem aos vícios quanto à forma (prazos, intimações e formalidades), conforme se depreende do art. 572, caput, c/c art. 564, inciso III, "d" e "e", segunda parte, "g" e "h", e inciso IV, do CPP, e quanto à competência relativa (territorial, prevenção, conexão, continência e distribuição)[329]. De maneira similar, o direito processual civil elege os defeitos concernentes à forma e competência relativa (territorial e pelo valor da causa) como causas de anulabilidade. Não existe distinção em face da doutrina dualista de direito administrativo.

Como já foi abordado, os vícios de forma e competência permitem a convalidação dos atos administrativos, conforme o entendimento da doutrina dualista (subitens 16.2.1.1. e 16.2.1.2.). A intimação defeituosa e a incompetência podem ser sanadas, dependendo das circunstâncias, porém remanesce uma discussão paralela pouco aproveitada nos manuais. Trata-se da influência do móvel do agente público, o que inclui o tratamento dos vícios de vontade, e dos casos de impedimento e de suspeição (art. 149, § 2º, da Lei nº 8.112/90 e arts. 18 e 20 da Lei nº 9.784/99). O assunto merece a atenção em virtude da sistematização análoga constante do direito processual penal (arts. 112, 252 a 256 e 258 do CPP) e do direito processual civil (arts. 144, 145, 147 e 148 do CPC).

O móvel consiste na intenção do agente público, quando pratica atos administrativos. Celso Antônio Bandeira de Mello explica que:

> *"Móvel é representação subjetiva, psicológica, interna do agente e corresponde àquilo que suscita a vontade do agente (intenção).*
>
> *[...]*

329 LIMA, 2016, p. 467.

> *A vontade – e, portanto, o móvel do agente – só é relevante nos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária; isto é, naqueles atos cuja prática exige do administrador por força da maneira como a lei regulou a matéria, que sopese as circunstâncias concretas do caso, de tal modo que seja inevitável uma apreciação subjetiva sua quanto à melhor maneira de proceder para dar correto atendimento à finalidade legal.*
>
> *Nestes casos, se o móvel do agente for viciado por sentimentos de favoritismo ou perseguição, o ato será inválido.*
>
> *Reversamente, o exame da vontade – e, portanto, do móvel do agente – é absolutamente irrelevante quando o ato for completamente vinculado [...]"*[330].

Celso Antônio Bandeira de Mello argumenta que a vontade do agente influi apenas no exercício da competência discricionária, pois ela subentende a interpretação de conceitos jurídicos imprecisos, o que sujeita o ato administrativo a alto grau de subjetividade no exame da conveniência e oportunidade. A competência vinculada, em razão da clareza dos comandos legais, não permite ao agente alternativa para escolha da conduta cabível no caso concreto:

> *"[...] quando a lei predetermina antecipadamente, de modo objetivo e completo, o único possível comportamento administrativo perante o motivo por ela já caracterizado em termos que inadmitem qualquer subjetivismo quanto ao reconhecimento de sua existência. É o que sucederia, e.g., no deferimento de aposentadoria requerida por servidor público que contasse com 35 anos de contribuição."*[331].

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em contrapartida, elenca a incapacidade do agente, que decorre da situação de impedimento ou suspeição na sua opinião, além dos casos dos arts. 3º e 4º do Código Civil, e os vícios de vontade (erro, dolo, coação, etc.) como espécies de anulabilidades[332], o que se contrapõe parcialmente ao pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que despreza o móvel do sujeito no tocante ao desempenho de competência vinculada.

Mesmo que se aceite a ideia de que a regra de competência é suficientemente clara ao indicar a conduta cabível em face do suporte fático abstrato (hipótese legal), a interpretação de fatos não o será automaticamente, pois a ocorrência do suporte fático concreto (evento real) depende do exame probatório, que muitas vezes se afigura dúbio. Na aposentadoria compulsória, o atingimento de setenta anos de idade basta para consumação do fato jurídico, ou seja, da aposentação do servidor. Contudo, para aplicação do art. 186, inciso II, da Lei nº 8.112/90, a Administração vale-se dos dados que reuniu sobre o agente e dos sistemas a que tem acesso. A precisão das informações permitirá ao administrador a facilidade de subsumir o fato na norma, mas o cotidiano não é sempre assim.

No direito punitivo, por mais clara que seja a norma, as provas suscitam divergências com frequência entre os julgadores. Descabe o brocardo "*in claris cessat interpretatio*" em matéria de fatos. O operador do Direito tem acesso indireto aos acontecimentos. Depende de meios de prova das alegações das partes sobre os fatos para proceder à subsunção. Por conseguinte, o motivo de fato não se torna incontroverso apenas porque a norma que rege o evento em abstrato assim é. Basta que se atente à experiência na identificação do ânimo dos infratores em processos disciplinares. A distinção entre o dolo e a culpa não é tarefa comumente simples na instrução processual, sobretudo se o objeto consistir precisamente na separação entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Se um agente é vítima de coação do interessado ou de terceiros, a situação complica-se[333]. Ainda que os motivos existam, a decisão padece de vício de vontade. Nesse contexto, o comando do art. 55 da Lei nº 9.784/99 tem indiscutível importância. Não se evidenciando a lesão ao interesse público ou o prejuízo a terceiros, o ato com defeito sanável (vício de vontade) pode ser convalidado pela Administração. Desse

330 MELLO, 2013, p. 403-404.

331 Ibidem, p. 404.

332 DI PIETRO, 2018, p. 335.

333 Código Civil, art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

modo, urge a reanálise da matéria por outro agente, cuja vontade não foi coarctada, a fim de decidir a manutenção ou invalidação do ato.

Quanto a isso, nota-se a diferença em relação ao direito privado. A vontade que saneia é a mesma vontade atingida pelo vício. Trata-se da mesma pessoa natural. No direito público, como a vontade estatal é emanada pelos agentes, o vício na vontade de um deles pode ser resolvido com a manifestação de outro, contanto que disponha de competência para o ato. A lei estabelece a pauta a ser seguida por todos os servidores, segundo o princípio da legalidade (art. 37, caput, da Constituição da República). Isso não significa, contudo, que não há diferença de percepção e opinião das pessoas naturais investidas de função pública. As vontades individuais não são fungíveis. A vontade livre dos agentes tem relevância para a concretização dos princípios da impessoalidade e moralidade (art. 37, caput, da Constituição da República), já que repercute na credibilidade da Administração em face da sociedade.

No processo civil e penal, o vício de vontade tem implicação na legitimidade da relação jurídica. A ação rescisória, a ação de nulidade penal e a revisão criminal prestigiam várias hipóteses de invalidação com base em vícios atinentes à vontade do julgador ou das partes, conforme o art. 966, incisos I, II, III, VI e VIII, do CPC e os arts. 564, incisos I e III, alínea "j", e 621, inciso II, do CPP.

> *Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*
>
> *I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;*
>
> *II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;*
>
> *III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;*
>
> *[...]*
>
> *VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;*
>
> *[...]*
>
> *VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.*
>
> *Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:*
>
> *I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;*
>
> *[...]*
>
> *III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:*
>
> *[...]*
>
> *j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade;*
>
> *Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:*
>
> *[...]*
>
> *II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;*

Além dos casos de impedimento e suspeição, que têm estreita proximidade com vícios de vontade, dos quais se cuidará em seguida, as leis processuais preveem situações de fraude (crimes de prevaricação, concussão ou corrupção), dolo, coação, simulação, erro, falsidade (é espécie de dolo no sentido do art. 145 do CC/2002, pois consiste na indução de outrem a erro) e incomunicabilidade dos jurados (para proteção da imparcialidade do juiz leigo).

É difícil, pois, acreditar na tese de que os vícios de vontade são desimportantes em se tratando de competência administrativa vinculada. Existindo vício na manifestação de vontade dos membros de comissão de inquérito ou da autoridade julgadora, a inércia não é o melhor caminho. A Administração deve reavaliar os atos com os instrumentos à disposição (substituição de integrante ou avocação do processo) para saneá-los, se possível, ou refazê-los, se necessário.

O impedimento e a suspeição afinam-se, de certo modo, com a manifestação livre de vontade do agente público. Enquanto o impedimento implica situações objetivas, porque concernem a circunstâncias fáticas, a suspeição tem caráter subjetivo, porque diz respeito a liames psicológicos, de acordo com as leis administrativas. O art. 149, § 2º, da Lei nº 8.112/90 e os arts. 18 e 20 da Lei nº 9.784/99 disciplinam assim o assunto.

> *Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.*
>
> *[...]*
>
> *§ 2º Não poderá participar de comissão de sindicância ou de inquérito, cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau.*
>
> *Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:*
>
> *I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;*
>
> *II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;*
>
> *III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.*
>
> *Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.*

O CPP e o CPC apresentam hipóteses específicas de impedimento e suspeição. Variam algumas situações objetivas e subjetivas entre os códigos e a Lei nº 9.784/99. A despeito disso, nota-se que o impedimento sempre pode sujeitar à invalidação ou rescisão de sentença. A suspeição tem tratamento dual pela doutrina. Se referente ao juízo, enseja a nulidade dos atos; se atinente ao MP, o vício ocasiona a anulabilidade. No processo civil, a suspeição não arguida sempre preclui e não tem a aptidão de fundamentar a ação rescisória por falta de previsão no art. 966 do CPC.

> *Em relação às consequências decorrentes da atuação de Promotor de Justiça impedido ou suspeito, é certo que o Código de Processo Penal não dispensou à violação da imparcialidade do órgão do Ministério Público a mesma atenção dispensada à do órgão jurisdicional. De fato, enquanto o art. 564, I, do CPP, refere-se à nulidade absoluta por suspeição ou suborno do juiz, nada disse o CPP acerca das consequências decorrentes da atuação de Promotor de Justiça impedido ou suspeito, quiçá porque, ao final do processo, a decisão é sempre de responsabilidade do Poder Judiciário, por meio de órgão jurisdicional imparcial que é livre na formação de seu convencimento e que pode corrigir o maior ou menor empenho do Parquet, a depender do grau de suspeição ou impedimento. Destarte, diante do silêncio da lei, prevalece o entendimento de que se trata de mera nulidade relativa, a depender de arguição tempestiva da parte e demonstração do prejuízo.*[334]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera ambas as hipóteses como defeitos sanáveis. Apesar disso, causa confusão ao distingui-las: "*Na Lei nº 9.784/99, há duas hipóteses de incapacidade: impedimento (art. 18), que gera presunção absoluta; e suspeição (art. 20), que gera presunção relativa. Ao contrário do direito*

334 LIMA, 2016, p. 1653.

civil, as duas situações geram atos anuláveis e, portanto, convalidáveis por autoridade que não esteja na situação de impedimento ou suspeição."[335]. O impedimento presume ser incapaz o agente sem possibilidade de comprovar o contrário. A suspeição permite a prova de que o agente suspeito é capaz. Noutras palavras, são incapacidades relativas, já que sanáveis, mas induzem presunções diferentes quanto à viabilidade de contraprova da capacidade do sujeito para prática dos atos administrativos[336].

No direito processual, as causas de impedimento e suspeição afetam a imparcialidade do juiz, a qual é requisito de validade do processo. O impedimento e a suspeição têm pertinência com a legitimação do agente, apesar de associar-se à capacidade com alguma frequência, visto que aquela diz respeito a uma posição do sujeito (juiz) relativamente a um objeto (lide), enquanto esta consiste no estado pessoal relacionado ao poder de exercitar atos em geral. A legitimação é específica, mas a capacidade é genérica[337].

Pela leitura dos arts. 18 e 20 da Lei nº 9.784/99, notam-se algumas distinções entre o impedimento e a suspeição. O legislador determina a abstenção do servidor impedido de atuar, bem como considera falta grave[338] o descumprimento do dever, o que não ocorre na situação de suspeição. O impedimento é declarado pelo servidor logo que ciente da situação, enquanto a suspeição é objeto de arguição do interessado a princípio.

O impedimento e a suspeição comprometem a imparcialidade do agente. Constituem ofensa ao art. 150, caput, da Lei nº 8.112/90: "*A Comissão exercerá suas atividades com independência e imparcialidade, assegurado o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da administração*". As duas situações configuram infração disciplinar, mas o impedimento é mais grave por expressa opção do legislador no art. 19, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99. A propósito, o art. 149, § 2º, da Lei nº 8.112/90 tipifica hipótese especial de impedimento, atraindo a incidência da lei geral no atinente aos efeitos da transgressão ao dispositivo estatutário.

Em que pese à lição de Di Pietro, o impedimento harmoniza-se mais com o regime da nulidade do que o da anulabilidade. Todos os ramos processuais assim o tratam. O legislador imputou ao agente o dever *ex officio* de abstenção do ato. Cabe à Administração o ônus de demonstrar a falta de prejuízo para evitar a invalidação. Na suspeição, os fatos que a suscitam concernem muitas vezes à intimidade dos servidores. Os motivos são altamente subjetivos. Por isso, afigura-se razoável tratá-la na linha das anulabilidades, já que se imiscui nitidamente com interesses privados dos envolvidos. O ônus de comprovação do prejuízo na suspeição toca àquele que a alegar para invalidação do ato.

16.3. ATOS INEXISTENTES

Os atos inexistentes são controvertidos na doutrina administrativista. O dissenso tem raiz na definição dos elementos mínimos para que as leis administrativas considerem que uma ação ou omissão tem relevância no mundo do direito (administrativo) e submetam a ação ou omissão aos preceitos que regulam a validade, tendo em vista a produção dos efeitos normativos correspondentes (eficácia jurídica).

Prevalece na doutrina o entendimento de que a investidura em cargo público é a base para qualificação da conduta do sujeito como administrativa. Inexiste competência sob qualquer um dos critérios (absoluto ou relativo) sem a investidura. Para outros, basta a presença de sujeito com a aparência de estar investido em função pública com aptidão de incutir a boa-fé nos destinatários das ações ou omissões.

Celso Antônio Bandeira de Mello desenvolve conceito bastante peculiar. Ele considera serem inexistentes os atos "[...] fora do possível jurídico e radicalmente vedados pelo Direito. No Direito Privado serviriam de exemplo um contrato de exploração de lenocínio ou o ajuste para que alguém mate determinado

335 DI PIETRO, 2018, p. 335.

336 Cumpre recordar que a incapacidade absoluta do art. 3º do CC/2002 (menores impúberes) gera a nulidade dos atos, conforme o art. 166, inciso I, do CC/2002. É vício insanável.

337 MELLO, 2010, p. 64-65.

338 Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar. Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

indivíduo."[339]. Pouco antes na obra, o doutrinador argumenta que são "*comportamentos que correspondem a condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de Direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados*."[340].

Com a devida vênia, o conceito confunde os planos de existência e de validade do ato e do negócio jurídico. Para a existência, os fatos jurídicos em sentido amplo devem concretizar todos os elementos do suporte fático abstrato positivado pela norma. Na teoria geral e no direito privado, os elementos mínimos[341] dos atos e negócios jurídicos são o sujeito, o objeto e a forma. Materializados os três, há que se aferir o cumprimento aos requisitos legais para validade dos atos e negócios. O art. 104 do CC/2002 arrola os requisitos mínimos: a capacidade do sujeito; a licitude, a possibilidade e a determinabilidade do objeto; o atendimento à prescrição legal ou à vedação legal da forma[342]. Nada obsta à presença de mais requisitos de validade, como a legitimidade do sujeito e a vontade livre (sem vícios de erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo no consentimento) e de boa-fé (sem vícios sociais de fraude contra credores e de simulação).

A definição de Celso Antônio Bandeira de Mello não se harmoniza com a concepção do ato inexistente. Dizer que condutas criminosas ofensivas a direito fundamentais são inexistentes em matéria de direito administrativo contraria a disciplina legislativa vigente. A Lei nº 8.112/90 dá efeitos jurídicos à prática de delitos. O cometimento de crimes contra a Administração Pública enseja demissão (art. 132, inciso I). As infrações disciplinares podem identificar-se com crimes, o que atrai a incidência dos prazos da lei penal para cálculo de prescrição (art. 142, § 2º). Sob a perspectiva dos atos executados, sujeitam-se à invalidação por vício na finalidade, no motivo ou no objeto. Descabe a tese de inexistência. O ato que inexiste não completou o suporte fático. Nos exemplos aventados pelo doutrinador, os atos têm sujeito, forma, objeto e investidura. Os vícios constam da licitude do objeto, da finalidade ou dos motivos. O problema reside no plano da validade em vez do da existência. Para as leis administrativas, as condutas têm relevância e existem, porém visam à contrariedade do direito (atos ilícitos)[343] e desrespeitam os requisitos para manifestação dos efeitos que lhe são próprios (atos inválidos).

Para doutrina majoritária, o ato inexistente é incompleto. Falta algum elemento para o aperfeiçoamento. O dissenso instala-se quanto ao rol de elementos mínimos. A importância do tema repercute no tratamento dos casos de funcionário de fato e funcionário irregular. A fim de resguardar a boa-fé de terceiros destinatários do ato, argumenta-se que o ato existe e tem validade. No entanto, é possível também a resolução do problema com a disciplina do ato-fato, que integra apenas os planos de existência e eficácia, prescindindo do exame de validade. Considerando-se que a controvérsia sem dúvida carece de aprofundamento em pesquisa dogmática, basta a alusão à celeuma para os fins deste manual.

No campo do direito administrativo disciplinar, os arts. 143, caput, 148 e 149, caput, da Lei nº 8.112/90 informam os elementos mínimos para a existência da relação processual. Convém a transcrição dos dispositivos legais na íntegra para facilidade da exposição.

> *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. (grifou-se)*
>
> *Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de* ***servidor*** *por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido. (grifou-se)*

339 MELLO, 2013, p. 477.

340 Ibidem, p. 447.

341 Há quem acrescente o consentimento (vontade) como elemento mínimo, porém outros defendem que o consentimento (vontade) já se insere implicitamente na previsão de "sujeito".

342 Código Civil, art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

343 Para compreender os pontos comuns e as diferenças entre atos ilícitos e atos inválidos, aconselha-se a leitura de "Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência" e "Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade" de Marcos Bernardes de Mello.

> *Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por* ***comissão composta de três servidores*** *estáveis* ***designados pela autoridade*** *competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado. (grifou-se)*

Diferentemente da relação processual em juízo, composta por três sujeitos (juiz e as partes), o processo administrativo é integrado pela Administração de um lado e pelo interessado (no singular ou no plural) de outro lado. No PAD, a Administração manifesta-se a princípio com a decisão de instaurá-lo. A decisão não é feita por qualquer um. O caput do art. 143 refere-se a uma autoridade. Não se trata, pois, de qualquer servidor. Deve-se estar investido em cargo com poder de direção. Por isso, ocupar cargo em comissão com poder de direção sobre outros servidores é elemento inicial para constituição da relação jurídica. Não havendo competência para o ato, existirá vício que compromete a validade do ato, mas ele existirá para o direito administrativo. O segundo elemento diz respeito aos membros da comissão. O *caput* do art. 149 impõe a formação de uma comissão, ou seja, a pluralidade de sujeitos, que são servidores, isto é, têm investidura em cargo público. Inexiste comissão com dois servidores em PAD, bem como inexiste comissão de inquérito com três terceirizados. A estabilidade e a efetividade do cargo público, além do nível do cargo e da escolaridade, são requisitos de validade para condução da apuração. Por fim, o polo passivo não é ocupado por qualquer um. A relação apenas se aperfeiçoa se o acusado ocupar ou tiver ocupado cargo público. Se não for servidor federal, o PAD não tem o polo passivo preenchido. A situação é diferente na hipótese de PAD que responsabiliza um servidor federal de Poder diverso do que integra a autoridade instauradora sem a delegação de que trata o art. 143, § 3º, da Lei nº 8.112/90. Em tal circunstância, ocorrerá ilegitimidade, que é vício na validade do processo, pois afronta a independência dos Poderes da União, resguardada no art. 2º da Constituição da República.

Sandro Lúcio Dezan, em obra sobre as nulidades dos processos disciplinares, acentua o seguinte:

> *"Para o aperfeiçoamento e formação da relação processual pressupõe-se a existência de relação material válida, para, só então, gozar da qualidade de acusado em processo disciplinar. Assim a relação estatutária válida figura como pressuposto de existência da relação processual, assinalando, por meio de uma análise formal, processual, pressuposto processual, e pela óptica conceitual do ilícito, em elemento do conceito de culpabilidade, na qualidade de imputabilidade atribuível ao agente público.*
>
> *Servidor de fato, sem vínculo material válido para com o Estado-administração, a par da impossibilidade perpetrar infração disciplinar, em razão da ausência de imputabilidade normativa, não detém qualquer qualidade processual, ante a inexistência do próprio processo disciplinar (por ausência de um de seus pressupostos de existência), uma vez que a relação jurídica material válida, como abaixo afirmado, é pressuposto de existência processual, consoante lhe faltar, ao particular a capacidade de ser parte, capacidade processual ou legitimatio ad processum."*[344].

O ato inexistente não se sujeita à decadência ou prescrição. Basta reconhecer que não se completaram os requisitos normativos para negar à conduta a qualidade de ato jurídico lato sensu ou ato-fato jurídico. Ausentes os elementos mínimos da Lei nº 8.112/90, inexiste o PAD. Não resta, por conseguinte, nada a convalidar ou invalidar. Cumpre ressaltar que os atos administrativos que se sustentem em "PAD inexistente" são nulos, pois inexiste o motivo (PAD) para legitimá-los, conforme o art. 2º, alínea "d", da Lei nº 4.717/65 (*Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: [...] d) inexistência dos motivos; [...]*).

16.4. MERAS IRREGULARIDADES

As meras irregularidades são defeitos que não geram invalidade. Em geral, atingem a forma dos atos sem condão de causar prejuízo em abstrato. A doutrina processualista sugere alguns exemplos: "*o advogado realiza sustentação oral sem utilizar as vestes talares, regimentalmente exigidas; o escrivão certifica haver*

344 DEZAN, 2017, p. 339-340.

procedido à juntada de uma 'sentença', referindo-se, em verdade, a uma decisão interlocutória, desrespeito às exigências de numeração e rubrica das folhas dos autos (art. 207 do CPC) etc."[345].

Como exemplo desta espécie de vício, conveniente destacar reiterados julgados do STJ, nos quais se aponta o excesso de prazo para a conclusão do processo, bem como a ausência de encaminhamento ao Ministério Público e TCU, como vícios desta categoria. Senão vejamos trechos de precedentes daquele Tribunal:

> *Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO NÃO OCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO NA APRESENTAÇÃO DE PARECER PELA COMISSÃO DISCIPLINAR. MERA IRREGULARIDADE QUE NÃO GERA NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXISTÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.*
>
> *(...)*
>
> *2. O entendimento desta Corte é no sentido de que eventuais irregularidades relativas ao excesso de prazo para prática de atos, quando incapazes de trazer prejuízo ao militar disciplinando, não ensejam nulidade do processo administrativo disciplinar. Precedentes.*
>
> *(...)*
>
> *5. Recurso ordinário desprovido. (grifos no original)*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 22.032/GO. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 16/12/2010, publicado em 7/2/2011)*
>
> *Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MINISTÉRIO PÚBLICO. TRIBUNAL DE CONTAS. CIÊNCIA. ARTIGO 15 DA LEI 8.429/92. FALTA. MERA IRREGULARIDADE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. DEMISSÃO. PROPORCIONALIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.*
>
> *I - Constitui mera irregularidade, incapaz de gerar nulidade, o fato de a comissão processante não ter dado ciência imediata ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas da existência do procedimento administrativo disciplinar, para eventual apuração da prática de ato de improbidade.*
>
> *[...]*
>
> *Ordem denegada. Agravo regimental prejudicado. (grifos no original)*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 15.021/DF. Relator: Ministro Felix Fischer, julgado em 25/8/2010, publicado em 24/9/2010)*

Como a mera irregularidade não afeta o conteúdo dos atos, nem compromete a forma no tocante à finalidade a que se presta, o único efeito possível é extraprocessual. Nesse sentido, o art. 169, § 1º, da Lei nº 8.112/90 ilustra o ponto: "O julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo.". A extrapolação do prazo de vinte dias do caput do art. 167 não é fato que vicia o ato de julgamento, porém em tese pode motivar responsabilização da autoridade julgadora, o que é efeito impertinente quanto ao processo que se sujeitou à demora injustificada para a conclusão, porquanto o feito permanecerá válido e eficaz, independentemente das consequências jurídicas com relação ao agente público que procrastinou o dever de decidir no prazo legal.

345 DIDIER Jr., 2016, p. 408.

16.5. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE

O processo judicial é informado pelos princípios da inércia e da oficialidade (ou seja, do impulso oficial). Verifica-se no art. 2º do CPC a seguinte redação: "O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.". Os princípios têm muita pertinência com a matéria de invalidades em função do ônus de alegação dos vícios e da disciplina da preclusão.

As anulabilidades dependem de provocação da parte, sob a pena de preclusão (perda da faculdade processual de praticar o ato). Prevalece o princípio da inércia do juízo. As nulidades, por se tratarem de matéria de ordem pública, são reconhecidas de ofício pelo juiz, logo que delas obtém conhecimento. Não há preclusão, salvo a coisa julgada material com mais de dois anos, o que elimina o direito de deduzir a ação rescisória. Predomina, portanto, o princípio da oficialidade.

Os dois princípios informam em geral a atividade de prestação jurisdicional, mas são úteis especialmente com as invalidades. O princípio da inércia da jurisdição preserva a equidistância do juiz em face das partes, isto é, mantém a imparcialidade do agente estatal. Tendo em vista que as anulabilidades envolvem interesses privados, não concerne ao magistrado imediatamente o exame da conveniência de argui-las.

Com a Administração, não há princípio da inércia, ainda que se colime imparcialidade por força do princípio da impessoalidade positivado no art. 37, caput, da Constituição da República. O princípio da impessoalidade consubstancia o dever de atuação objetiva da Administração a par dos princípios da legalidade e da moralidade. Por isso, atribui-se ao Poder Público o poder autotutela dos atos administrativos, tendo em vista sobretudo o fato de que se vale o Estado muitas vezes de certas prerrogativas que o colocam em situação de supremacia em face de particulares.

Os princípios servem de contrapeso à desigualdade substancial estabelecida entre o Estado e o administrado. Com o dever de invalidar de ofício os atos administrativos eivados de vício, o particular obtém a segurança de encontrar solução na instância administrativa em vez de socorrer-se de imediato do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República). Nessa toada, pode-se afirmar que a Administração segue exclusivamente o princípio da oficialidade no tocante às invalidades, o que tem respaldo infraconstitucional dos arts. 2º, parágrafo único, incisos I e XII, e 53 da Lei nº 9.784/99 e dos arts. 114 e 169, caput, da Lei nº 8.112/90.

Nesse sentido, a depender da gravidade do vício detectado, a ilegalidade justifica a declaração de nulidade pela comissão ou pela autoridade instauradora ou por outra autoridade de hierarquia superior, seja no curso do processo disciplinar, ou ainda, em momento posterior, por autoridade competente para este fim. A iniciativa de controle de legalidade não se cinge à provocação do interessado, cabendo à Administração o poder de revisar seus próprios atos quando eivados de defeitos (poder de autotutela).

> *Lei nº 8.112/90*
>
> *Art. 114 - A administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade.*
>
> *Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo.*
>
> *Lei nº 9.784/99*
>
> *Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*
>
> *Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*
>
> *I - atuação conforme a lei e o Direito;*

[...]

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

[...]

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Súmula STF nº 473

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial.

Formulação Dasp nº 222. Ato administrativo.

A nulidade dos atos administrativos pode, a qualquer tempo, ser declarada pela própria administração.

Na doutrina administrativista, predominam lições de que o regime das preclusões não se aplica no concernente a invalidades no processo administrativo. Uma vez ciente do vício, compete à Administração rever o ato a fim de avaliar a necessidade de invalidá-lo ou convalidá-lo. A arguição do interessado não é pré-requisito para conhecimento dos defeitos que ensejam anulabilidades.

Além do princípio da oficialidade, argumenta-se que o interesse individual não pode preponderar sobre o interesse público na preservação da legalidade[346]. O único limite ao poder-dever de invalidar os atos é a consumação do prazo prescricional para desconstituição judicial do feito, pois a perda da pretensão do particular contra a Administração põe fim à instabilidade da relação jurídica.

Consoante o Parecer AGU nº GQ-10, vinculante, adota o prazo quinquenal para o prazo prescricional de ações pessoais do administrado contra a Administração com o supedâneo do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, que equivale à previsão do art. 21 da Lei nº 4.717/65, cujos excertos são reproduzidos a seguir.

(...)

20. Por em regra, tinha a extinta Consultoria Geral da República e, atualmente, a Advocacia-Geral da União, como meta não proceder à revisão de decisão presidencial, a não ser que elementos novos, merecedores de ponderação, fossem oferecidos pelo interessado. Também, tenho-me mostrado infenso às revisões quando não hajam sido trazidos à colação novos fatos que a possam ensejar. Na espécie, entretanto, penso, salvo melhor entendimento, que a solicitação deve merecer acolhida, isto porque, os elementos jurídicos apresentados no Parecer CJ nº 074/93/MJ são bastantes para se chegar à conclusão de que, na verdade, toda pretensão exposta perante a Administração Pública com a finalidade de rever ato contaminado com vício de nulidade acha-se sujeita à prescrição quinquenal consignada no Decreto 20.910/32, não podendo ser relevada sob pena de acarretar - como ficou patenteado na E.M. nº 355/MJ - danosas consequências ao serviço público.

"Ementa: (...)

1. O Decreto nº 20.910, de 06.01.32, ao determinar a prescrição quinquenária de qualquer ação contra ato administrativo não fez qualquer distinção entre nulidade e anulabilidade. O prazo da prescrição incide em relação a quaisquer direitos pessoais, como o são os decorrentes de relação de serviço público.

2. A prescrição quinquenal referida abrange qualquer direito ou ação.

3. Se é certo que o ato administrativo ilegítimo não se torna válido pelo tempo decorrido, qualquer que seja o período de sua duração, pois, o que é vicioso continua sempre vicioso. Certo, também, é que prescreverá, no prazo de 5 (cinco) anos a ação

346 DI PIETRO, 2018, p. 326.

do interessado para o invalidar, por não se justificar a instabilidade jurídica, mesmo que potencial, por todo e sempre.

4. Em consequência, se o interessado não agiu dentro dos cinco anos autorizados pelo ordenamento positivo, o ato, mesmo inválido, firma-se, estabiliza-se, não podendo mais ser anulado, quer por meio administrativo, quer por decisão judicial. *(frisou-se)*

De outro lado, a decretação da invalidade esbarra noutro limite temporal fixado pelo art. 54 da Lei nº 9.784/99, abaixo transcrito:

> *Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.*

Este normativo estabelece prazo de 5 (cinco) anos para a declaração de nulidade de atos administrativos cujos efeitos sejam favoráveis ao administrado. Assim, ressalvada a má-fé do beneficiário, este dispositivo visa conferir segurança jurídica ao processo administrativo.

Deste modo, no âmbito administrativo, a autoridade não poderá declarar a invalidade das decisões de absolvição, arquivamento ou aplicação de penalidades menos gravosas (por exemplo, advertência e suspensão inferior a 30 dias), mesmo que comprovadamente inválidas, visto que estará impedida pela restrição contida na legislação.

No mesmo rumo, a invalidação pode recair unicamente sobre o julgamento, sobretudo nos casos de inadequação da pena aplicada. Não se trata do processo de revisão positivado na Lei nº 8.112/90 e na Lei nº 9.784/99, o qual ilide a viabilidade do agravamento da sanção[347].

Declarada a invalidade do ato decisório, permite-se novo julgamento da lide, inclusive infligindo penalidade mais gravosa. Se o primeiro julgamento tiver sido invalidado de ofício por vício de legalidade e com fundamento no princípio da autotutela, não há impedimento para que o segundo julgamento seja mais gravoso ao servidor. Não se trata de reavaliação de mérito (motivos) do PAD, cabível em sede de revisão processual – fase em que se proíbe a reformatio in pejus.

Nesta linha, entende-se que nova decisão não incorre em bis in idem, uma vez que não se considera a imputação de segunda penalidade ao mesmo fato. Mas, tão-somente, a aplicação da sanção adequada ao caso, atendidos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme já se manifestou a AGU no Parecer GQ-177, vinculante, e os Tribunais Superiores, respectivamente:

> *Parecer AGU nº GQ-177, vinculante*
>
> *Ementa: O julgamento de processo disciplinar de que advém a aplicação de penalidade mais branda que a cominada em lei, efetuado pela autoridade instauradora, não obsta que aquela efetivamente competente julgue e inflija a punição adequada, sem que esse ato caracterize dupla irrogação de pena, em razão de um mesmo fato ilícito.*
>
> *Ementa: Previsão legal da pena de demissão. Aplicação errônea da pena de suspensão. A hipótese não é de revisão para beneficiar (art. 174 da Lei 8.112/90), mas de ato da Administração Pública proferido contra expressa letra da lei e passível de correção ex officio. Inaplicabilidade da Súmula 19 do STF. Precedente: MS 23.146. Nenhuma mácula ocorre com relação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório, se preservada toda a matéria produzida nos autos do processo administrativo onde esses princípios foram observados.*

347 Lei nº 9.784/99. Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.
Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgRg em RMS nº 24.308/DF. Relatora: Ministra Ellen Gracie, julgado em 25/4/2003)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO. EXTENSÃO DOS EFEITOS. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. A declaração de nulidade do processo administrativo implica na desconstituição de todos os seus atos, inclusive o de instauração da comissão disciplinar, o que resulta na inexistência do ato interruptivo da prescrição, que deve ser contada, consequentemente, desde o conhecimento do fato lesivo até a instauração do segundo processo disciplinar.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 8.558/DF - 2002/0095484-0. Relator: Ministro Vicente Leal, julgado em 16/12/2002)

Ementa: (...) 2. O disposto na Súmula 19 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "é inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira", não se aplica a hipóteses como a dos autos. Em havendo a anulação da primeira punição, não há falar em bis in idem ou em nulidade na aplicação de outra penalidade pela prática da mesma infração.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 11.138/DF - 2005/0187735-7. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 4/6/2009)

Ementa: Não se aplica ao procedimento disciplinar a vedação da "reformatio in pejus", pelo que pode a autoridade hierarquicamente superior aplicar pena mais gravosa do que a imposta pelo inferior.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS nº 29/RJ - 1989/0009260-0. Relator: Ministro Américo Luz, julgado em 21/11/1994)

Por conseguinte, em homenagem à segurança jurídica (art. 5º, caput, e inciso XXXVI, da Constituição da República e art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/99), não se admite o prolongamento do estado de incerteza quanto à eventualidade de rediscussão da validade de atos administrativos. Nada obstante, a inércia infundada da Administração é ilegítima. Conhecido o vício antes do quinquênio, é medida cogente a manifestação em função do princípio da legalidade (art. 37, caput, da Constituição da República) e de seus corolários, como o princípio da oficialidade.

16.6. PRINCÍPIO DO PREJUÍZO

Literalmente, o princípio informa que "não há nulidade sem prejuízo". Isto é, nenhum ato será declarado nulo sem que seja comprovado efetivo prejuízo ao acusado, influência concreta na decisão desfavorável ou obstrução na apuração da verdade real dos fatos. Analogamente ao processo penal, extrai-se que:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

As normas de processo civil, que são aplicáveis supletiva e subsidiariamente aos processos administrativos (art. 15 do CPC), prestigiam o princípio do prejuízo – pas de nullité sans grief – nos arts. 188, 277, 282, § 1º, e 283 do CPC, *in verbis*.

Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial.

Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Art. 282. [...] § 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

> *Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.*
>
> *Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.*

Também a jurisprudência é pacífica quanto a esse tema. Veja abaixo:

> *EMENTA: (...) 6. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a demonstração de prejuízo efetivo para a defesa deve ser exposta detalhadamente, de modo a permitir a exata repercussão que o ato impugnado teria na apuração dos ilícitos funcionais. (...).*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 14.050/DF - 2008/0282962-0. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 21/5/2010)*
>
> *EMENTA: (...) 3. Eventual nulidade no Processo Administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, o que não restou configurado na espécie, sendo, pois, aplicável o princípio pas de nullité sans grief. Precedentes. (...).*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 9657/DF - 2004/0052299-4. Relatora: Ministra Laurita Vaz, julgado em 1/2/2010)*

As espécies de invalidade (nulidade e anulabilidade) sujeitam-se de antemão à prova de comprometimento da finalidade dos atos[348]. A intimação que não comunica alguém acerca da data de audiência não alcança o fim a que se presta. Ademais, é imprescindível a demonstração do prejuízo concreto ao direito do interessado ou aos objetivos da relação processual. A oitiva com testemunhas que não presenciaram os fatos nem conhecem as partes não tem condão de prejudicar o acusado que foi preterido de participar do ato processual. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni *et alii*, "*o ato praticado com violação de forma só será decretado inválido se, e somente se, não atingir a sua finalidade e comprometer os fins da justiça do processo*."[349].

Atentando-se à finalidade do processo disciplinar, qual seja a busca da verdade dos fatos, ao acusado devem ser providos todos os meios de defesa a fim de garantir-lhe pleno exercício do contraditório e ampla defesa. À luz dessa perspectiva, a análise da eventual invalidade no processo está diretamente ligada ao grau de cerceamento de defesa, conforme prescreve a Súmula nº 523 do STF: "*No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só a anulará se houver prova de prejuízo para o réu*".

Em vista do formalismo moderado admitido no processo disciplinar, a demonstração do prejuízo encontra-se aliada à comprovação da impossibilidade de alcance dos mesmos efeitos por meio diverso. Deve-se comprovar que não há outro modo com aptidão de revelar a verdade dos fatos e garantir a defesa, senão aquele cuja invalidação é pretendida.

Acerca da matéria, manifestou-se a AGU por meio dos Pareceres nº GQ-37 e nº GQ-177, vinculantes, respectivamente:

> *Parecer nº GQ-37*
>
> *15. (...) o cerceamento de defesa não se presume, eis que, em sendo um fato, há que exsurgir do contexto do processo disciplinar (...).*
>
> *Parecer nº GQ-177*
>
> *Ementa: (...) O cerceamento de defesa é um fato e, em decorrência, quem o alega deve demonstrar o efetivo dano sofrido no exercício do direito de defender-se, não se admitindo sua presunção.*

348 Isso não surpreende. Apesar do silêncio dos processualistas, não é surpreendente o fato de que o defeito que prejudica a finalidade importa em invalidação. A finalidade dos atos administrativos é requisito insuscetível de convalidação, se acaso houver vício. A mera circunstância de ser ato praticado em juízo não altera a necessidade de consecução do seu objetivo.

349 MARINONI et alii, 2015, p. 116.

A noção de prejuízo subentende pertinência e relevância em face do mérito da causa. O ato viciado que se sujeita à invalidação tem poder de influir efetivamente na decisão do litígio, pois oferece fundamentos de fato e de direito (motivos) para o conteúdo do julgamento. Informações sem relação com o escopo da lide ou sem importância para determinação do sentido da decisão carecem de potencialidade de prejuízo, razão pela qual a invalidação dos atos que as contêm é medida inócua, já que não beneficia ninguém afinal. O entendimento harmoniza-se com a inteligência do art. 566 do CPP mencionado acima: "*Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa*".

Para tanto, é preciso observar em que momento do processo o ato inválido foi editado. Desse modo, a propósito da invalidade de apenas uma prova, deve ser apreciada a influência da peça na convicção da comissão para fins da decretação da invalidade do feito. A esse respeito, manifestou-se a Advocacia-Geral da União nos Pareceres nº GQ-37 e 17, vinculantes, respectivamente:

> *Parecer nº GQ-37*
>
> *5. (...) é inconteste que o acusado da prática de infrações disciplinares deve ser notificado para comparecer, se o quiser, aos depoimentos pertinentes aos fatos irregulares, cuja autoria possivelmente lhe será atribuída. No entanto, o conjunto dos elementos probatórios e a maneira como este foi constituído podem induzir o julgador a aquilatar a quantidade de provas obtidas em harmonia com o contraditório e a ampla defesa, desprezando aqueles depoimentos em que não esteve presente o acusado (...).*
>
> *Parecer nº GQ-17*
>
> *29. Em síntese, tem-se:*
>
> *a) não obstante ser necessária a notificação da tomada de depoimentos, consequência imediata do princípio do contraditório, as declarações de duas testemunhas, sem a prévia notificação do acusado envolvido na prática da infração objeto do presente processo disciplinar, não implicam nulidade processual, eis que essa exigência foi observada em relação a numerosos outros depoimentos e se encontra provada, à saciedade, a autoria, reconhecida pelo próprio indiciado e seu representante legal, adicionando o caráter satisfativo da ampla defesa assegurada, nos autos. O conjunto das provas juntadas ao processo e a confissão tornam irrelevantes as declarações das duas testemunhas, que não exercem influência na apuração da conduta ilícita e determinação da autoria, como se verificou;*

Em suma, se os atos eivados de vícios não determinarem o resultado do processo, não subsiste finalidade para invalidá-los, pois, mesmo com a sua ausência, o desfecho permanece igual. É relevante, contudo, apreciar a extensão do vício, porque, a depender do objetivo do ato e do momento da prática, a repercussão pode afigurar-se irreparável para a sobrevivência do processo.

16.7. PRINCÍPIO DO APROVEITAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS

A impossibilidade de correção do ato ilegal pela presença de vício que compromete a finalidade do ato e causa o prejuízo à parte atrai a decretação da invalidade. Entretanto, a autoridade competente deve especificar o alcance da medida, invalidando total ou parcialmente o processo. Com base no princípio do aproveitamento dos atos processuais, a invalidação atinge somente os atos que são diretamente contaminados pelo defeito e os que deles dependem. Nesse sentido, cumpre aduzir os dispositivos da Lei nº 8.112/90 (art. 169), do CPP (art. 573) e do CPC (arts. 281 e 282, caput).

> *Art. 169. Verificada a ocorrência de vício insanável, a autoridade que determinou a instauração do processo ou outra de hierarquia superior declarará a sua nulidade, total ou parcial, e ordenará, no mesmo ato, a constituição de outra comissão para instauração de novo processo.*
>
> *Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.*

> *§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.*
>
> *§ 2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.*
>
> *Art. 281. Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.*
>
> *Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.*

O processo exterioriza-se pelo conjunto de atos que recebe o nome de procedimento. O comprometimento de um ato não implica necessariamente a inutilidade dos demais. A decretação de invalidade deve ser evitada sempre que possível, porque o processo é instrumento de realização dos direitos materiais, descabendo tutelar o rito procedimental como um fim em si. Conforme escólio da obra de Didier[350], "*Somente se deve nulificar um ato do procedimento ou o próprio procedimento se não for possível aproveitá-lo – do mesmo modo que a invalidação deve restringir-se ao mínimo necessário, mantendo-se incólumes partes do ato que possam ser aproveitadas, por não terem sido contaminadas*.".

Caso, por exemplo, o vício ocorra na produção de prova relevante para a formação da convicção da Comissão, a autoridade competente deverá, em princípio, invalidar a referida prova e todos os atos dela derivados. A exceção será o caso de as demais provas não terem sido contaminadas pela prova inválida (provas anteriores em geral e as independentes), de sorte que serão mantidas.

Caso as provas tenham derivado da prova inválida, adota-se a "teoria dos frutos da árvore envenenada". De acordo com ela, as provas obtidas a partir de provas ilícitas compartilham a origem ilegítima, padecendo de defeito similar, o que impede o seu aproveitamento. O art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP positiva a teoria no processo penal com a redação dada pela Lei nº 11.690/2008.

> *Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.*
>
> *§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.*
>
> *§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.*

Ao tratarem da separação dos atos viciados em face dos atos lídimos, Marinoni et alii orientam sobre os cuidados que devem balizar a atividade:

> *"[...] é necessário em primeiro lugar isolar o vício que determinou a nulidade a fim de que externa e internamente se possa aproveitar a maior parte possível da atividade processual já realizada. Vale dizer: a fim de que os atos independentes possam ser aproveitados, bem como aquelas partes do ato que não dependam da parte viciada. A última das técnicas encontra fundamento na primeira parte do art. 283 [do CPC]: 'o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados'. Isso quer dizer que, sempre que possível, deve-se aproveitar determinado ato reduzindo-se a sua eficácia. É o que o próprio Código faz, por exemplo, quando refere que a citação ordenada por juiz incompetente é eficaz para interromper a prescrição (art. 240). Aproveita-se o ato para aquilo que ele pode ser aproveitado, descartando-se para o fim que não pode ser alcançado pela existência de determinado defeito formal."*[351].

No caso de ser admitida a invalidação parcial do feito, garante-se a preservação das peças validamente produzidas, isto é, não contaminadas pela ilegalidade ora declarada. Além disso, cabe à autoridade o exame

350 DIDIER Jr., 2015, p. 412.

351 MARINONI et alii, 2015, p. 117.

dos atos elaborados no âmbito da apuração com o objetivo de determinar o refazimento dos atos que, mediante a violação das disposições legais, prejudicaram a defesa efetiva do acusado.

Não é despiciendo reforçar que a invalidação total do processo repercute na contagem do prazo prescricional, visto que a interrupção somente se opera em face da instauração de processo disciplinar válido, consoante aresto do egrégio Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual a medida deve ser evitada, se possível.

> *Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO. EXTENSÃO DOS EFEITOS. CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. A declaração de nulidade do processo administrativo implica na desconstituição de todos os seus atos, inclusive o de instauração da comissão disciplinar, o que resulta na inexistência do ato interruptivo da prescrição, que deve ser contada, consequentemente, desde o conhecimento do fato lesivo até a instauração do segundo processo disciplinar. "In casu", entre o conhecimento do fato, que se deu em outubro de 1994, e a instauração do procedimento disciplinar válido, ocorrida em junho de 1999, não transcorreu o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no inciso I do art. 142 da Lei 8.112/90, aplicável às infrações apenadas com demissão.*
>
> *(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. MS nº 8.558/DF. Relator: Ministro Vicente Leal, julgado em 16/12/2002)*

Ressalte-se, por oportuno, a posição da AGU no Parecer GQ nº 37, vinculante, de que a invalidade ocorrida em sindicância não afeta a validade do processo administrativo disciplinar que a sucedeu, uma vez que a referida invalidade poderá ser corrigida no âmbito do PAD: "*[...] A legalidade do processo disciplinar independe da validade da investigação, efetuada através da sindicância de que adveio aquele apuratório*.".

O isolamento dos atos viciados tem a função de dimensionar a extensão da decretação de invalidade, mas também permite às partes a manifestação prévia sobre a legitimidade da medida. Quando se cuidar do princípio da proteção da confiança (subitem 16.10.), abordar-se-á a respeito da necessidade de garantia de contraditório aos interessados, sempre que a decretação de invalidades possa ser corrigida pela própria parte que produziu o ato, ou se instalar controvérsia entre litigantes.

16.8. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO MÉRITO

Mesmo que os atos contenham vícios insanáveis, que ocasionaram prejuízo à parte, a decretação da invalidade processual pode ser evitada. O art. 282, § 2º, do CPC comanda que: "*Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta*.". Outrossim, de modo mais amplo, art. 488 do CPC diz: "*Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485*."[352].

O dispositivo legal enaltece os princípios da razoável duração do processo e eficiência (arts. 5º, inciso LXXVIII, e 37, caput, da Constituição da República). Repise-se que a invalidação é uma espécie de sanção a quem dá causa ao vício. Por conseguinte, a existência de vício em tese traz algum prejuízo. A decretação de invalidade visa a resguardar os direitos da vítima. Todavia, se for possível a decisão definitiva sobre o direito material controvertido, descabe por completo a invalidação dos atos viciados. Tal medida induz novo prejuízo à vítima a quem se pretende proteger, porque haverá a necessidade de refazimento de etapas superadas do procedimento ao invés de finalizá-lo. Em suma, desperdiçam-se tempo e recursos.

Em matéria de PAD, havendo os motivos que autorizam a declaração de inocência ou prescrição (perda de punibilidade do fato), não resta razão para invalidação dos atos processuais. A preservação da ampla defesa ou do contraditório curva-se em prol da decisão de mérito favorável (a absolvição). O art. 4º

352 O art. 485 do CPC arrola as hipóteses de sentença terminativa, isto é, de extinção do feito sem resolução de mérito, o que impede a formação da coisa julgada material.

do CPC reforça a primazia do mérito, quando assegura: "*As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*.".

O processo tem o objetivo de solucionar o litígio afinal. Apesar da ausência do atributo de definitividade das decisões exaradas em processos administrativos, não podem a Administração e o litigante permanecerem em estado de incerteza. A marcha processual destina-se à resolução das questões de mérito. Em síntese, na escolha entre beneficiar o litigante com a invalidação de atos que o prejudicaram e o acolhimento motivado da tese de mérito que defende, a segunda alternativa, sem dúvida, deve prevalecer ante a instrumentalidade do processo positivada na ordem jurídica vigente. Tal entendimento sintoniza-se com a disposição do art. 20, parágrafo único, da LINDB, que demanda a demonstração da necessidade e adequação da decretação de invalidade dos atos face a alternativas (resolução do mérito):

> *"Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.".*

16.9. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL

O princípio da boa-fé processual aplica-se às invalidades do PAD, impondo às partes o dever de cooperação na marcha do processo. Constata-se a incidência da norma no art. 565 do CPP, que preconiza: "*Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse*.". De modo análogo, o art. 276 do CPC prevê: "*Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa*.".

Os dispositivos aludidos homenageiam a proibição de venire contra factum proprium. A parte que provoca a situação de desvantagem não a pode arguir em benefício próprio em seguida. Esta dimensão do princípio tem bastante aplicação nos casos de vícios pré-fabricados, como a criação pelo acusado de situações de impedimento ou suspeição em desfavor dos componentes da comissão de inquérito ou da autoridade julgadora. A estratégia visa em geral ao tumulto da marcha processual.

O princípio da boa-fé processual tem outras aplicações. Os processualistas aludem ao abuso de direito. Exemplificam os casos de abuso do direito de defesa, da escolha do meio executório e do direito de recorrer. Frisa-se, contudo, que a incidência da boa-fé processual é ampla, reprimindo o exercício anormal de qualquer direito ou garantia. No PAD, como meio de impedir o abuso relativo ao exercício do direito à produção de provas, assiste ao presidente da comissão de inquérito o poder de indeferir os "pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos", conforme a dicção do art. 156, § 1º, da Lei nº 8.112/90.

Em síntese, o exercício de faculdades processuais com a má-fé contamina os atos que o sujeito praticar. Nesse sentido, Didier preleciona:

> *"É fácil constatar que o princípio da boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do "abuso do direito" processual [...] (desrespeito à boa-fé objetiva). Além disso, o princípio da boa-fé processual torna ilícitas as condutas processuais animadas pela má-fé (sem boa-fé subjetiva). Ou seja, a boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como o fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais. Eis a relação que se estabelece entre a boa-fé processual objetiva e subjetiva. Mas ressalte-se: o princípio é o da boa-fé processual, que, além de mais amplo, é a fonte dos demais deveres, inclusive o de não agir com má-fé."*[353].

353 DIDIER Jr., 2015, p. 114.

16.10. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

O princípio da proteção da confiança tutela a expectativa do sujeito com fundamento no comportamento estatal prévio consubstanciado em decisões individualizadas, atos normativos ou orientações gerais. Os arts. 21 a 24 da LINDB[354] veiculam normas relativas à tutela da confiança com o intento de não surpreender o interessado nas relações com a Administração.

> *Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.*
>
> *Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.*
>
> *[...]*
>
> *Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.*
>
> *Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.*
>
> *Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.*

Em primeiro lugar, a invalidação não é avaliada isoladamente. A par do princípio do aproveitamento dos atos processuais, o princípio da proteção da confiança exige a indicação precisa da extensão dos atos que a invalidação atinge. Além disso, se possível, impõe-se assegurar ao acusado a oportunidade de sanar o vício de ato que ele produziu antes de decretá-lo inválido. Embora pareça inaplicável em processos disciplinares, a medida tem utilidade prática em matéria probatória, porque permite ao interessado a correção de pedidos imotivados de provas, apresentando os fundamentos que possibilitam a demonstração da pertinência e relevância dos meios de prova para esclarecimento dos fatos, sob a pena de indeferimento do pleito (art. 156, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.112/90). Também é útil diante de divergência sobre validade de ato instalada entre acusados com interesses antagônicos (acusações recíprocas) na lide com a Administração. Existindo possibilidade de regularização do ato, a providência ganha relevo e coaduna-se com a ideia de processo cooperativo, conforme os arts. 6º e 9º, caput, do CPC: "*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*" e "*Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida*.".

Em segundo lugar, a invalidação de ato deve considerar os ônus decorrentes às partes no refazimento das etapas. Havendo pluralidade de acusados, a existência de vício processual que se refira a um não contamina o processo necessariamente quanto aos demais. A invalidação parcial deve ser clara com respeito aos atos e sujeitos atingidos a fim de preservar a incolumidade do restante do feito e, por conseguinte, a segurança jurídica (art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/99). Previne-se assim a imposição de ônus ou perdas a agentes que não têm mais necessidade de suportá-los.

354 Os artigos foram adicionados pela Lei nº 13.655/2018.

Em terceiro lugar, a invalidade é examinada segundo os requisitos legais vigentes na ocasião da prática do ato (*tempus regit actum*). A invalidade pressupõe vício congênito do ato, isto é, defeito na formação. Inexiste invalidade superveniente. Problemas posteriores ao nascedouro do ato resolvem-se no plano da eficácia (com a teoria do inadimplemento por exemplo). Para saber se o ato é inválido, deve-se investigar a norma de regência da época da prática.

O art. 24 da LINDB tem estreita relação com o art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, parte final, da Lei nº 9.784/99, o qual prevê: "*Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige,* ***vedada aplicação retroativa de nova interpretação***." (grifou-se).

Havendo reinterpretação de norma, urge a aplicação para o futuro (ex nunc) em matéria de direito processual. As orientações gerais do Poder Público não podem servir de subterfúgio para ludibriar os litigantes, nem têm o condão de desfazer os procedimentos regidos por interpretação pretérita, em virtude da proteção ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República), o que não refuta a norma da retroatividade legal benéfica ao réu (art. 5º, inciso XL, da Constituição da República), a qual recepciona o direito material punitivo no respectivo âmbito de proteção especificamente.

16.11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina controverte em vários aspectos quando se trata de teoria das invalidades. O manual apresentou elementos extraídos de lições de doutrinadores especializados em diferentes ramos do Direito a fim de articular a exposição de modo eclético sem prescindir da coerência.

Convém ao leitor o estudo particular da literatura apresentada, o que não é obstáculo à inclusão de obras que julgar pertinentes. Ao contrário, a pesquisa tenderá a enriquecer o debate e disseminar conhecimento na Administração.

Os operadores de direito administrativo disciplinar devem ter a cautela de observar que a principal orientação do manual consiste no respeito aos princípios aplicáveis às invalidades em vez da classificação (nulidades ou anulabilidades). O objetivo final das ações disciplinares é elucidar os fatos em cooperação com os litigantes a fim de atuar as normas ao caso concreto com legitimidade.

A invalidação de processos configura crise no sistema. Deve ser a última alternativa. Por isso, os princípios oferecem aos operadores técnicas para reduzir ao máximo o transtorno que a decretação de invalidade inevitavelmente provoca. Afinal, o valor do processo reside na resolução do conflito intersubjetivo envolvendo direito material. No PAD, isso consiste no esclarecimento acerca da regularidade da conduta dos servidores que integram os quadros da Administração, pautando-se sempre pelos princípios do art. 37, caput, da Constituição da República.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Léo da Silva. Curso de Processo Disciplinar. Brasília: Cebrad, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRAGA, Paulo Sarno; DIDIER Jr., Fredie e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da coisa julgada. 2 ed.. Salvador: Juspodium, 2008.

CARNEIRO, Hélio Márcio Lopes. O verdadeiro princípio da insignificância. Teresina: Jus Navigandi. Ano 14, n. 2231, 10 ago. 2009 Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13303>. Acesso em: 5 ago. 2013.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. O princípio da imparcialidade no processo administrativo disciplinar à luz da jurisprudência dos tribunais superiores e regionais federais. Teresina: Jus Navigandi, Ano 12, n. 1.520, 30 ago 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/10344/o-principio-da-imparcialidade-no-processo-administrativo-disciplinar-a-luz-da-jurisprudencia-dos-tribunais-superiores-e-regionais-federais>. Acesso em 24 mai. 2011.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar de. Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância: à luz da jurisprudência dos tribunais e da casuística da Administração Pública. Brasília: Fortium, 2008.

CARVALHO, Iuri Mattos de. Do impedimento e suspeição no processo administrativo. In: FIGUEIREDO, L. V. (Coord.). Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CARVALHO FILHO, José do Santos. Manual de Direito Administrativo, 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

_____. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COSTA, José Armando da. Direito Administrativo Disciplinar. São Paulo: Método, 2009.

COSTA, José Armando da. Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

COSTA, José Armando da. Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar, 6 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2011.

COSTA, José Armando da. Direito Disciplinar: Temas Substantivos e Processuais. Belo Horizonte: Fórum. 2008.

CRETELLA, José Júnior. Tratado de direito administrativo. Vol. 6. São Paulo: Forense.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO Junior, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Código Penal Comentado. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

DEZAN, Sandro Lúcio. Nulidades no processo administrativo disciplinar. Curitiba: Juruá, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19 ed.. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. 31 ed.. Rio de Janeiro.: Forense, 2018.

DIDIER Jr., Freddie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAZ. Sérgio e DALLARI. Adilson Abreu. Processo Administrativo. . São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio. v. 6.0.1. São Paulo: Regis, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. Regime disciplinar do servidor público civil da União. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LESSA, Sebastião José. Do processo administrativo disciplinar e da sindicância: doutrina, jurisprudência e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2000.

LINS, Adriane de Almeida; DENYS, Debora Vasti S. Bomfim. Processo Administrativo Disciplinar: manual, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

MADEIRA, Vinícius de Carvalho. Lições de Processo Disciplinar. Brasília: Fortium , 2008

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Tratado de Direito Administrativo Disciplinar. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. 21 ed.. Belo Horizonte:Forum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes et. al. Direito Administrativo Brasileiro. 37 ed.. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21 ed.. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. 39 ed.. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 16 ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 24 ed..São Paulo: Atlas, 2009.

NEVES, Marcelo. Princípio da imparcialidade. Regime de impedimento e de suspeição. Análise do inciso I do art. 18 da Lei nº 9.784/99. Teresina: Jus Navigandi. ano 13, n. 1.728, 25 mar 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11088/principio-da-imparcialidade-regime-de-impedimento-e-de-suspeicao>. Acesso em 10 jun. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. São Paulo,: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Direito Processo Penal. 7 ed.. Belo Horizonte: Del Rey , 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, 2.ed. Revista dos Tribunais, 2005

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Sanções Disciplinares: O Alcance do Controle Jurisdicional. Belo Horizonte: Forum, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. São Paulo: Renovar, 2009.

REIS, Antônio Carlos Palhares Moreira. Processo Disciplinar. Brasília: Consulex, 1999.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. 2012.

ROCHA, Eduardo Dias. Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitações e Contratos. São Paulo: Dialética, 1997.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico conciso, atual. Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TEIXEIRA, Marcos Salles, Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar. 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/anotacoes-sobre-pad.pdf> .

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 56 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2001.

VIANNA, Marcelo Pontes; XAVIER, Vitor César S. Acesso à Informação de Procedimentos Administrativos Investigativos em Curso Instaurados por Empresas Estatais: a excepcionalidade na restrição de acesso ao legítimo interessado. Revista da CGU. Vol. 9, n. 14, Brasília, jan/jun de 2017. Disponível em https://ojs.cgu.gov.br/index.php/Revista_da_CGU/article/view/98. Acesso em 9 abr. 2019

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Vol.1, Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.