


Revista da

# CGU

ANO VI  
Julho/2011  
ISSN 1981-674X

*Edição Especial - Direito Disciplinar*

**CONTROLADORIA - GERAL  
DA UNIÃO / PR**

The cover features a black and white photograph of a modern building with a grid-like facade. Overlaid on the bottom left is a circular graphic with concentric rings, a globe in the center, and a map of Brazil. The text 'CONTROLADORIA - GERAL DA UNIÃO / PR' is printed on the building's facade.



Controladoria-Geral da União

**Revista da CGU**  
Edição Especial - Correição

Brasília, DF  
Julho /2011

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU  
SAS, Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro  
70070-905 - Brasília /DF  
cgu@cgu.gov.br

**Jorge Hage Sobrinho**  
Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União

**Luiz Navarro de Britto Filho**  
Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

**Valdir Agapito Teixeira**  
Secretário Federal de Controle Interno

**José Eduardo Elias Romão**  
Ouvidor-Geral da União

**Marcelo Neves da Rocha**  
Corregedor-Geral da União

**Mário Vinícius Claussen Spinelli**  
Secretário de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas

A Revista da CGU é editada pela Controladoria-Geral da União.

Tiragem: 1.500 exemplares

Diagramação e arte: Assessoria de Comunicação Social da CGU

Distribuição gratuita da versão impressa

Disponível também no site [www.cgu.gov.br](http://www.cgu.gov.br)

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte.  
O conteúdo e as opiniões dos artigos assinados são de responsabilidade exclusiva dos autores e não expressam, necessariamente, as opiniões da Controladoria-Geral da União.

Revista da CGU Edição Especial - Correição / Presidência da República, Controladoria-Geral da União. - Ano VI, Julho/2011. Brasília: CGU, 2011.

376 p. Coletânea de artigos.

1.Prevenção e Combate da corrupção. I. Controladoria-Geral da União.

ISSN 1981- 674X  
CDD 352.17

# umário

---

O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar ..... 14

*Alessandra Lopes de Pinho*

A formação do Estado patrimonialista português e a gênese da corrupção no Brasil ..... 27

*Alan Lacerda de Souza*

Uma (re)leitura do poder correicional no Estado Democrático de Direito: prevenção versus repressão ..... 37

*Ana Cláudia de Moraes*

Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei nº 8112/92.... 50

*André Luís Schulz*

Publicação dos vencimentos dos servidores públicos na rede mundial de computadores: violação à privacidade ou um instrumento de controle social?..... 62

*Darcy de Souza Branco Neto*

Possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade prevista seja a demissão..... 72

*Débora Queiroz Afonso*

Responsabilização disciplinar de diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista à luz do sistema de correição do Poder Executivo Federal

*Eduardo Athayde de Souza Moreira*..... 88

|   |     |
|---|-----|
| Prescrição no processo administrativo disciplinar.....  | 107 |
| <i>Emília Cássia de Sousa</i>   |     |
| O uso do sistema de videoconferência no processo administrativo disciplinar.....  | 129 |
| <i>Érika Lemância Santos Lôbo</i>   |     |
| Processo administrativo disciplinar europeu: procedimento e formação de comissões.....  | 140 |
| <i>Fernando Toledo Carneiro</i>   |     |
| O controle social e a transparência pública na democracia brasileira.....   | 150 |
| <i>Ivo de Souza Borges</i>  |     |
| Demissão de servidor pela Administração Pública por prática de ato de improbidade sem a necessidade de atuação antecipada do judiciário.....  | 160 |
| <i>José Olímpio Barbacena Filho</i>   |     |
| Improbidade administrativa: aplicação da lei, tendências e controvérsias.....   | 171 |
| <i>Laurent Nancym Carvalho Pimentel</i>   |     |
| A inserção das empresas estatais no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.....  | 185 |
| <i>Marcelo Pontes Vianna</i>  |     |
| O Devido Processo Legal como direito fundamental em processos administrativos disciplinares implica necessariamente na obrigatoriedade de defesa técnica proferida por advogado?..... | 199 |
| <i>Maria do Rosário Ferreira</i>  |     |
| O monitoramento das reintegrações judiciais de servidores públicos como forma de verificar a efetividade do exercício da função disciplinar da Administração Pública Federal.....     | 212 |
| <i>Marta Maria Vilela de Carvalho Gomes</i>   |     |
| A natureza jurídica da sindicância e seu papel no direito administrativo disciplinar.....   | 224 |
| <i>Maxwell Novais Oliveira</i>  |     |

|  |     |
|--|-----|
| Controle social nos procedimentos administrativos disciplinares instaurados no âmbito do poder executivo federal.....  | 236 |
| <i>Mileni Fonseca Krubniki Teodoro</i>   |     |
| Aplicação da teleaudiência em procedimentos disciplinares.....   | 248 |
| <i>Oswaldo Fernandes de Araújo</i>   |     |
| O exame de constitucionalidade da norma de vedação definitiva de retorno do servidor ao serviço público federal por infringência do artigo 132, incisos I, IV, VIII, X e XI..... | 269 |
| <i>Patrícia Ramos e Silva Santos</i>   |     |
| Responsabilidade disciplinar de empregado público celetista quando do exercício de cargo em comissão na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.....      | 282 |
| <i>Rafael Oliveira Prado</i>   |     |
| Recuperação de recursos públicos malversados – uma alternativa para a ineficácia das tomadas de contas especiais.....  | 292 |
| <i>Ricardo Cravo Midlej Silva</i>  |     |
| A Sindicância Patrimonial como instrumento de apuração no Direito Administrativo Disciplinar brasileiro.....   | 305 |
| <i>Roberto Vieira Medeiros</i>   |     |
| Enriquecimento ilícito como modalidade de crime.....   | 315 |
| <i>Rodrigo Vieira Medeiros</i>   |     |
| A aplicação da teoria do domínio do fato nos procedimentos administrativos disciplinares.....  | 323 |
| <i>Sabrina Pitacci Simões</i>  |     |
| Estudo de caso: a perspectiva preventiva no controle das infrações administrativas.....  | 341 |
| <i>Tatiana Spinelli</i>  |     |
| Enriquecimento ilícito: presunção absoluta, relativa ou necessidade de fato antecedente para a responsabilização administrativa.....   | 354 |
| <i>Waldir João Ferreira da Silva Júnior</i>  |     |







# apresentação

---

No Estado Democrático de Direito, os investidos no poder público devem se submeter às leis promulgadas, velando pela observância dos direitos e garantias fundamentais assegurados a todos os cidadãos. Diante de tal quadro, o ordenamento jurídico brasileiro, ao longo da Constituição Federal de 1988, estabelece princípios que norteiam a atuação da Administração Pública e de seus agentes, a exemplo da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, constantes no caput do art. 37.

Na tentativa de assegurar a concretização desses princípios, o legislador brasileiro, de acordo com a magnitude do dano potencial à Administração, tipificou como infrações funcionais determinadas condutas ou omissões dos agentes públicos, prevendo a aplicação de sanções no sentido de promover a reparação do prejuízo e coibir futuras lesões.

Mais além, também foram estabelecidas normas instrumentais capazes de assegurar a condução independente e racional do processo administrativo disciplinar na busca pela verdade dos fatos, para garantir a idoneidade dos membros da comissão, o Devido Processo Legal, e para evitar o uso abusivo dessa ferramenta em perseguições de cunho pessoal ou político.

Nesse sentido, compete à Controladoria-Geral da União (CGU) – cuja missão precípua é zelar pela probidade no Poder Executivo Federal – postar-se atenta, por meio da sua área de Corregedoria, às normas que regulamentam o processo administrativo disciplinar, sem abrir mão do fomento ao debate sobre todos os instrumentos que norteiam a sua atividade oficial.

A reflexão sobre o tema deve ser crítica e reiterada, assegurando uma constante avaliação do modelo administrativo processual existente, para que, em sintonia com essa dinâmica, esteja sempre apto a atender aos ditames constitucionais pelos quais a Administração deve se pautar. Por tal motivo, na persecução dessa análise crítica, esta Controladoria prioriza e estimula a qualificação e o aperfeiçoamento dos seus servidores.

Em outubro de 2007, foi aberto pelo Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União, Jorge Hage, o Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo Disciplinar, promovido pela CGU, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB) e com a Escola de Administração Fazendária (ESAF), destinado aos servidores lotados na Corregedoria-Geral da União e em outros órgãos, enquanto operadores diretos do processo disciplinar previsto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

No decorrer de 405 horas/aula, 11 professores da Universidade de Brasília ministraram 20 disciplinas aos servidores participantes, abrangendo matérias como Teoria do Direito, Hermenêutica, Teoria do Estado, Noções de Administração Pública, Direito Administrativo Constitucional, Direito Internacional e Corrupção, Noções de Direito de Trabalho, Responsabilidade Civil, Criminologia e Crimes Relacionados à Administração Pública, Sociologia Jurídica e Controle Externo, além de Processo Administrativo Disciplinar.

Ao final dessa longa jornada de aprofundamento temático, os alunos, sob a orientação de um professor, como forma de demonstrar os conhecimentos e competências adquiridos e evidenciar a vasta consulta bibliográfica realizada, elaboraram monografias sobre os mais variados e controversos assuntos atualmente em voga no Direito Administrativo Disciplinar, esforço que – acreditamos – culminou no aprimoramento das suas capacidades de análise e interpretação.

Cumpramos ressaltar que todas as dissertações, frutos não só do estudo acima narrado, mas também da experiência de quem diariamente atua no complexo âmbito correcional, foram submetidas à apreciação de uma banca examinadora composta por professores da UnB, que avaliou e atestou a qualidade dos trabalhos.

Posteriormente, para efeito de publicação, algumas dessas monografias foram selecionadas e transmutadas em artigos, ora reunidos nesta Edição Especial da Revista/CGU.

Por propósito, nasce a expectativa de que o presente feito constitua-se em valioso apoio a todos aqueles que operam o Direito Administrativo Disciplinar, tanto pela clareza e precisão dos seus ensinamentos quanto pela abordagem das peculiaridades formais e materiais de temas novos e, por vezes, polêmicos e instigantes, ligados à apuração administrativa das responsabilidades dos servidores públicos federais.

Mais do que um instrumento de consulta, esperamos que todos os que recorram a esta Edição Especial da Revista/CGU encontrem aqui não apenas fundamentos sólidos para o desempenho de atividades no processamento dos feitos disciplinares, mas também elementos para a reconstrução da sua própria realidade.

**Marcelo Neves da Rocha**  
Corregedor-Geral

# Nota do editor

A ideia de publicar uma Edição Especial da Revista/CGU surgiu da necessidade de se transmitirem os conhecimentos adquiridos no Curso de Especialização em Direito Administrativo Disciplinar, oferecido aos servidores da Corregedoria-Geral da União e convidados.

A Controladoria-Geral da União, enquanto Órgão Central do Sistema de Correição, encontrou forma de, indo além da missão de capacitar os seus servidores, disseminar a produção intelectual decorrente dessas capacitações e, com isso, abrir caminho para nortear o debate sobre temas afetos à esfera correcional entre os operadores da área.

A Edição Especial da Revista/CGU traz em seu bojo diversos artigos produzidos a partir das monografias apresentadas como trabalho final de conclusão do Curso de Especialização. As produções versam sobre os mais variados temas, todos atuais e atinentes à correição.

A Administração Pública, ao atuar, deve balizar-se na nossa ordem jurídica. Nesse sentido, foram apresentados trabalhos sobre os princípios da insignificância, da proporcionalidade na sanção disciplinar, bem como sobre a teoria do domínio do fato, que tem como fundamento princípios relacionados à conduta do agente.

A área disciplinar, mais do que impor sanções, deve dirigir seus esforços de forma a prevenir condutas lesivas à Administração Pública, inclusive estimulando o controle preventivo por toda a sociedade. Assim, foram elaborados artigos que versaram sobre controle social e prevenção.

A Administração Pública ainda se submete ao controle judicial de seus atos, uma vez que, nos termos constitucionais, a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Daí a importância de trabalhos com abordagem voltada para o controle judicial dos atos administrativos e a efetividade disciplinar, bem como a discussão da constitucionalidade da vedação definitiva de retorno do servidor ao serviço público federal.

Outro tema de extrema relevância retratado nos trabalhos, dada a nocividade dos efeitos da improbidade à sociedade como um todo, refere-se à probidade administrativa, enquanto obrigação elementar imposta a todos os agentes públicos no trato com a coisa pública.

A improbidade administrativa, como forma de corrupção que é, tem por modalidade mais grave a que importa em enriquecimento ilícito. Trata-se de um problema ético que viola valores como os da probidade, moralidade e justiça. Daí por que a moderna administração, no escopo de coibir o enriquecimento ilícito, utiliza como instrumento investigativo a sindicância patrimonial, procedimento sigiloso, não punitivo e não contraditório.

Pela sua relevância dentro do contexto social, foram produzidos trabalhos com ênfase nos principais aspectos da improbidade administrativa, em corrupção, enriquecimento ilícito e sindicância patrimonial.

No tocante ao procedimento administrativo disciplinar, enquanto instrumento de concretização dos princípios e garantias fundamentais, foram suscitados temas como a defesa técnica proferida por advogado, o uso da videoconferência em atos processuais e o estudo do processo administrativo disciplinar comparado. O estudo desses temas se faz de todo oportuno, visto ser imprescindível à Administração Pública aperfeiçoar as suas ações, tornando céleres e eficazes os seus procedimentos.

Também foram trazidos à baila assuntos relacionados à prescrição – tema que sempre merece destaque, uma vez que a incidência do instituto compromete e inviabiliza a aplicação da sanção pela autoridade julgadora, acarretando uma prestação administrativa ineficaz.

Por fim, ressalte-se a elaboração de artigo sobre a inserção de empresas estatais no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, com questões acerca do procedimento disciplinar a ser adotado na apuração de irregularidades cometidas por empregados das estatais e em que medida tais empresas estariam abrangidas nesse Sistema.

Em que pese os trabalhos terem sido desenvolvidos no Curso de Especialização em Direito Administrativo Disciplinar promovido em função da oportuna iniciativa desta CGU, os artigos foram frutos da dedicação, do estudo e de pesquisa de cada aluno, que, ao final, produziu o seu entendimento pessoal sobre o tema.

A publicação desta Edição Especial da Revista /CGU, fonte de consulta permanente, possui relevância significativa ao contribuir, de forma teórica e prática, para o aprimoramento de questões próprias à área disciplinar, haja vista reunir entendimentos de profissionais que lidam diariamente com a matéria correicional no âmbito do Poder Executivo Federal.

Pretende-se, com a abordagem acessível desses temas, suscitar discussões não apenas entre aqueles que trabalham com a matéria disciplinar, mas entre todos os que, em algum momento, tenham interesse em aprofundar seus conhecimentos na área, estimulando debates e apontando perspectivas para o futuro.

## **Corregedoria-Geral da União**





# *A*rtigos

---

# O princípio da insignificância como requisito para formação do juízo de admissibilidade no processo administrativo disciplinar

**Alessandra Lopes de Pinho**, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, Bacharel em Ciências Econômicas e Especialista em Direito Administrativo Disciplinar pela Universidade de Brasília. Analista de Finanças e Controle da CGU, atualmente cedida ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

## Introdução

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da aplicabilidade do princípio da insignificância no processo disciplinar. Esse princípio, afeto ao Direito Penal, afastaria a ilicitude de certas condutas, tidas por irrelevantes ao ordenamento jurídico. Caso aplicável ao Direito Administrativo Disciplinar, objetivaria evitar a instauração de processo administrativo disciplinar a fim de apurar responsabilidade por condutas de menor relevância.

O princípio da insignificância está inserido dentro de um arcabouço de normas e princípios que compõem o Estado Democrático de Direito. Tal fato permite veicular os limites e o conteúdo valorativo do ordenamento jurídico, influenciando de forma acentuada a con-

cretização e a interpretação de regras que se amoldam ao caso concreto.

Intenta-se, pois, a análise e proposição de um método prático-normativo adequado de interpretação do princípio da insignificância, apto a permitir a sua utilização como aspecto fundamental para se analisar a efetiva necessidade da apuração de responsabilidade de um servidor público que pratica uma conduta de pouca relevância.

O tema ora proposto vai ao encontro da necessidade de aperfeiçoamento de critérios de interpretação de princípios afetos ao Direito Administrativo Disciplinar, com sua devida adequação ao ordenamento constitucional brasileiro, pois o que se pretende é proporcionar à Administração Pública mecanismos interpretativos capazes de



priorizar e efetivar sua atuação no campo disciplinar.

## **1. O poder disciplinar no paradigma do Estado Democrático de Direito**

A sociedade evoluiu e ao mesmo tempo tornou-se mais complexa, demandando novas pretensões a direitos. Para dar conta dessa nova demanda exigiu-se a redefinição do que se entende por Estado, soberania popular, democracia, cidadania, hoje possibilitada pelo Estado Democrático de Direito.

Segundo Habermas, trata-se de um projeto cujo conteúdo único é a institucionalização aprimorada passo a passo do procedimento de formação racional

***A competência disciplinar do Poder Público consiste no dever-poder de apurar ilícitos administrativos e aplicar penalidades às pessoas que se vinculam, de alguma forma, à Administração Pública. Entretanto, o poder do Estado de punir seus agentes deverá ser exercido quando necessário, devendo sempre ser apurado por meio de um processo adequado.***

da vontade coletiva. Nesse contexto, o cidadão deverá ter a oportunidade de influir nos centros decisórios, e o público não deverá se resumir ao estatal. O paradigma do Estado Democrático de Direito reclama um direito participativo, pluralista e aberto.

Nesse novo paradigma, Cristiano Paixão realça que as esferas do público e privado mostram-se complementares à medida que a esfera privada aparece revalorizada, privilegiando a autodeterminação, a autonomia e a liberdade. O direito privado passa a ter espaços regulamentados por lei, enquanto o direito público adquire possibilidade de argumentação.

Destaque-se que essa mudança de foco se verifica principalmente no direito administrativo. As esferas de poder administrativo que antes mantinham relações autoritárias com seus clientes agora mantêm relações que obrigam os dois lados e são passíveis de controle judicial. Princípios como o da proporcionalidade ou cláusulas que atenuam exigências excessivas são utilizados pela Administração.

E é exatamente nesse contexto do Estado Democrático de Direito que o poder disciplinar ganha novo significado.

A competência disciplinar do Poder Público consiste no dever-poder de apurar ilícitos administrativos e aplicar penalidades às pessoas que se vinculam, de alguma forma, à Administração Pública. Entretanto, o poder do Estado de punir seus agentes deverá ser exercido quando necessário, devendo sempre ser apurado por meio de um processo adequado.

O exercício do poder disciplinar presuppõe observância do Devido Processo Legal, aplicável ao processo administrativo sancionador, devendo ser exercitado em estrita observância aos limites do Estado Democrático de Direito.

### **1.1. Noções sobre o processo administrativo disciplinar**

O Direito Administrativo Disciplinar, como ramo do Direito Público, decorre da competência de a Administração Pública impor modelos de comportamento a seus agentes, com o fito de manter a regularidade, em sua estrutura interna, na execução e prestação dos serviços públicos. Dentro desse escopo, o processo administrativo disciplinar é o instrumento legalmente previsto para o exercício controlado desse poder, podendo, ao final, redundar em sanção administrativa. A sanção legalmente prevista funciona para prevenir ostensivamente a ocorrência do ilícito e, acaso configurada, para reprimir a conduta irregular. Ou seja, o objetivo da sede administrativa disciplinar é manter e retomar o regular e eficiente funcionamento da Administração Pública Federal.

No âmbito da Administração Pública Federal foi instituído o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, por meio da promulgação da Lei nº 8112, de 11.12.90, atualmente considerado o mais importante instrumento regulador das atividades do servidor público no desempenho de suas atividades funcionais.

Na conceituação de Hely Lopes Meirelles, o processo administrativo disciplinar consiste no instrumento de apu-

ração e aplicação de sanção frente ao cometimento de faltas graves por servidores públicos e por outras pessoas submetidas ao regime funcional da Administração.

Portanto, diante de um caso concreto, deve a Administração Pública, na apuração do ato ilícito, observar alguns requisitos, bem como respeitar os princípios constitucionais orientadores do processo administrativo disciplinar. Não se trata de processo de cunho inquisitório, tendo definidos por lei os princípios e fases a serem seguidos para que tenha validade e eficácia.

### **1.2. A Constituição e o processo administrativo disciplinar**

Como instrumento de controle de um Estado Democrático de Direito e de defesa do agente público frente às arbitriedades do Poder Público, o processo administrativo, com contraditório e ampla defesa, foi inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, preconiza 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.

Desse modo, a Carta Magna assegura que os princípios do contraditório e da ampla defesa devem estar presentes nos processos administrativos.

Destaque-se o patamar jurídico em que foi colocado o processo administrativo, apresentando-se como uma das garantias do Estado Democrático de Direito, no sentido de que deve ser exer-

cido dentro de determinadas formalidades que impeçam ofensas às garantias constitucionais.

Em que pese a Lei nº 9.784/99 não haver estabelecido todos os procedimentos a serem adotados pela Administração Pública, deixando facetas de discricionariedade para que esta escolha como atingir seus objetivos, determinou normas gerais sobre o processo administrativo.

No âmbito disciplinar, o poder de aplicar sanções aos seus agentes não pode ser utilizado de qualquer maneira. Assim, o poder disciplinar só poderá ser desempenhado por intermédio de um processo administrativo, por meio do qual a Administração Pública apurará e imputará o ato ilegal, oferecendo e propiciando meios de defesa ao acusado, para, finalmente, aplicar a sanção administrativa.

De se realçar que a oportunização do contraditório e da ampla defesa acaba por somatizar o Devido Processo Legal. Nesse ponto, vale observar que a processualização administrativa refletida no art. 5º, inciso LV, da Constituição, vincula-se ao inciso LIV do mesmo artigo, que estabeleceu o Devido Processo Legal.

Dessa forma, a combinação dos incisos LIV e LV do art. 5º resulta na imposição de um processo administrativo que oportunize aos sujeitos da relação influir na formação do ato final. O Devido Processo Legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e da ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo.

Ademais, a cláusula do Devido Processo Legal repercute tanto em as-

pecto formal quanto material; ou seja, o processo deve não só obedecer às formalidades previstas em lei como também deve conter decisões razoáveis e proporcionais. Dessa forma, deve-se assegurar ao acusado a observância de um rito procedimental previsto na legislação para aplicação de penalidade. Esse rito deve permitir ao acusado ser notificado, a fim de poder se manifestar, ter acesso aos autos, produzir provas em igualdade de condições com a comissão, não ser processado com base em provas ilícitas, apresentar sua defesa, ter decisão motivada, etc. Decorre ainda do Devido Processo Legal a garantia da não autoincriminação: o acusado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Também se aplicam em todo o processo administrativo disciplinar os cinco princípios jurídicos reitores da Administração Pública, de sede constitucional: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Não se pode olvidar que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade se inserem na estrutura normativa da Constituição, junto aos demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais.

Uma vez que uma visão sistemática da Constituição permite auferir sua existência de forma implícita, a proporcionalidade deverá guiar o administrador na aplicação das sanções disciplinares, para que se definam como legais e legítimas. Desse modo, deverá haver uma necessária correspondência entre a transgressão cometida e a pena imposta.

O princípio da razoabilidade exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins a serem alcançados. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, em que os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução. Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado os limites da discricionariedade, e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade.

Portanto, em todo procedimento administrativo não se pode admitir – estando em jogo o destino, a imagem e a carreira de um servidor público – que o espírito da lei se distancie do Devido Processo Legal como corolário lógico do contraditório e da ampla defesa, estando a eles direta e conseqüentemente atrelados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, os quais norteiam, na esfera de todos os poderes, os atos administrativos em espécie (art. 37, caput, da Constituição).

### **1.3. O juízo de admissibilidade no Processo Administrativo Disciplinar – PAD**

A instauração do processo administrativo disciplinar somente se legi-

tima quando houver um mínimo de fato indicativo da possibilidade de vir a ser futuramente punido o servidor que, sendo o possível autor da infração veiculada, esteja sujeito ao poder disciplinar de quem tenha a competência para iniciar o correspondente procedimento.

O juízo ou exame de admissibilidade equivale à análise prévia na qual a autoridade competente levanta todos os elementos acerca da suposta irregularidade e os pondera à vista da necessidade e utilidade de determinar a instauração da sede disciplinar e da potencial responsabilização do servidor.

Entre os elementos a serem considerados no juízo de admissibilidade, está o da suficiente demonstração dos fatos apontados como suficientes para a instauração do processo disciplinar, pois o conteúdo sancionatório deste não o imuniza à suficiente motivação, requisito inerente a todas as decisões, como garantia do devido processo legal.

É preciso que a narrativa expressa numa imputação punitiva encontre lastro em elementos que tornem verossímil a acusação. Ela não pode repousar sobre exercícios meramente especulativos, inspirados por suspeitas que não ostentem sequer o status de indício. Não é possível permitir que o cidadão venha a padecer de todos os ônus, dissabores e preocupações que inevitavelmente o processo disciplinar acarreta, se não há um motivo bastante para isso.

## 2. O processo administrativo disciplinar e o Princípio da Insignificância

Pode-se afirmar que o Direito Disciplinar tem-se mostrado como um ramo autônomo do Direito Administrativo, em razão de possuir princípios próprios, bem como um conjunto de normas específicas. Ao mesmo tempo em que se notam semelhanças entre as searas penal e disciplinar, diante da presença em ambos do *jus puniendi* estatal, constatam-se diferenças relevantes que deverão ser levadas em consideração no momento da aplicação de princípios penais ao Direito Disciplinar.

### 2.1. O Princípio da Insignificância e sua incidência no âmbito penal

De acordo com Rogério Greco, o princípio da insignificância tem por finalidade auxiliar o intérprete quando da análise do tipo penal, para fazer excluir do âmbito de incidência da lei aquelas situações consideradas como de bagatela.

O Estado-Juiz em determinados delitos deve apenas punir aquilo que considera grave, afastando a desproporção entre o fato delituoso praticado pelo agente e sua correspondente pena. Assim, não se deverá punir determinado agente por condutas que não deviam merecer a atenção do Direito Penal, em virtude de sua inexpressividade.

Segundo a lição de Carlos Vico Mañas, ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado pos-

sa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático político-criminal da expressão da regra constitucional *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

Ao trazer em tela os conceitos mencionados, Claus Roxin formulou tal princípio, propondo a interpretação restritiva dos tipos penais, com a exclusão da conduta do tipo a partir da insignificante importância das lesões ou danos aos interesses sociais. Reconhecia ele, porém, que a insignificância não era característica do tipo delitivo, mas sim um auxiliar interpretativo, a fim de restringir o teor literal do tipo formal, conformando-o a condutas socialmente admissíveis, em decorrência de suas ínfimas lesões aos bens juridicamente tutelados.

De fato, a aplicação do princípio da insignificância, no âmbito do direito penal, é tema polêmico na doutrina e na jurisprudência, havendo teses em sua defesa, bem como em sua rejeição.

Os opositores do princípio da insignificância no direito penal expõem, primeiramente, não se poder auferir o que venha a ser insignificante – quais, verdadeiramente, são os delitos de bagatela. Ademais, sustentam a inaplicabilidade do princípio, quando o legislador incrimina expressamente condutas de pouca relevância. Finalmente, não está previsto legalmente, podendo provocar

decisões controvertidas e causar insegurança jurídica.

Os adeptos do princípio da insignificância no direito penal defendem que, auxiliado pelo princípio da intervenção mínima, sua aplicabilidade almeja desafogar a máquina judiciária, em processos sem o menor potencial jurídico de importância, que ocupam tempo e despesas processuais de outros que, por comoverem bem mais a sociedade, deveriam andar mais celeremente.

Ressaltam que a Constituição Federal de 1988 expõe à função judiciária uma máquina eficaz à boa aplicabilidade da lei penal — os juizados especiais de pequenas causas. Nesses fóruns, em que são julgados crimes cujas penas, na sua maioria, não ultrapassam três anos de detenção, o juiz pode, ou melhor, deve, dependendo da situação concreta do caso, aplicar o princípio da insignificância, sem temer o erro judiciário.

Por fim, seus defensores afastam o argumento de ausência de previsão legal, haja vista que o ordenamento jurídico-punitivo não se resume apenas e, tão somente, a um caráter puramente positivista. Deve-se dar uma maior discricionariedade ao magistrado, que não pode estar preso à lei. A propósito, os princípios existem justamente para dar uma maior segurança e eficácia às normas, mas nunca para estarem sempre supervenientes a elas.

Ao deixar os entendimentos extremistas de lado, certamente o princípio da insignificância se ajusta à equidade e à correta interpretação do Direito. Por aquela, acolhe-se um sentimento de justiça, inspirado nos valores vigen-

tes em sociedade, liberando-se o agente, cuja ação, por sua inexpressividade, não chega a atentar contra os valores tutelados pelo Direito Penal. Por esta, exige-se uma hermenêutica mais condizente do Direito, que não se pode ater a critérios inflexíveis de exegese, sob pena de desvirtuar o sentido da própria norma e se conduzir a graves injustiças.

## **2.2. O Princípio da Insignificância e a transgressão disciplinar no contexto do Estado Democrático de Direito**

A proximidade do Direito Penal com o Direito Administrativo sancionador revela-se no fato de que ambos são impulsionados por ilícitos que implicam restrições de direitos. Desse modo, há de se convir que ambos são regidos pelo aspecto substantivo da cláusula constitucional do Devido Processo Legal. Dessa garantia constitucional é que se extraem, tanto para o Direito Penal como para o Direito Disciplinar, os limites que devem ser antepostos a quem legitimamente exerça tal poder de punir.

Para os adeptos da plena aplicação da sistemática penal na seara disciplinar, o ilícito administrativo deveria ser visto pela ótica do ilícito penal. Aqueles que adotam o conceito tripartite entendem que crime é o fato típico, antijurídico e culpável, sendo que o tipo deve estar descrito em diploma penal. E, considerando ilícito afeto ao direito administrativo disciplinar o fato típico, antijurídico e culpável, o tipo ora referido deve estar positivado em diploma normativo afeto ao regime disciplinar do serviço público.

No presente caso, aceitando o princípio da tipicidade para o ilícito administrativo disciplinar de elevado ou médio potencial ofensivo à Administração e a seus fins, deve-se aceitar o princípio da insignificância ou da bagatela para excluir a referida tipicidade, em casos de irrelevância material dos danos causados.

Tanto assim o é que dificilmente se defenderia a responsabilização, em sede judicial, por ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92, do servidor público que se utilizou do telefone da repartição para fazer uma ligação de interesse particular, ou se utilizou de uma caneta fornecida pela repartição para assinar diversos cheques particulares.

No entanto, ainda que se recuse a admitir as similitudes do Direito Penal e do Direito Disciplinar, afastando a plena utilização do conjunto de conceitos daquele para o processo disciplinar, há de se convir que a nova ordem jurídica, calcada no paradigma do Estado Democrático de Direito, está a exigir ponderações na utilização do poder disciplinar pela Administração Pública.

Se, por um lado, o princípio da insignificância foi criado no âmbito do Direito Penal, por outro, seu conteúdo interpretativo extrapola seus próprios limites, amoldando-se às exigências constitucionais impulsionadas pelo Estado Democrático de Direito. O critério de relevância jurídica desencadeado pelo princípio da insignificância pode e deve ser utilizado no campo do Direito Disciplinar, desde que vinculado às finalidades de preservação preponderante da ordem administrativa, somatizadas

às garantias fundamentais reservadas ao servidor.

### **3. A aplicabilidade do Princípio da Insignificância no processo administrativo disciplinar**

Segundo Antônio Hélder Sales, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância ao Direito Administrativo Disciplinar é tema novo e tem causado certa desconfiança entre os que aplicam o direito administrativo punitivo. Isso porque o serviço público é composto de um emaranhado de regras e práticas próprias, constituindo-se num universo diferente daquele estudado pelo Direito Penal.

Diante desse imbróglio, é necessário discutir se é possível aplicar o princípio da insignificância, originário do Direito Penal, à esfera disciplinar, e de que forma isso será processado.

#### **3.1. A realidade da Administração Pública e sua dificuldade no exercício do poder disciplinar**

O Direito Administrativo vive tempos conturbados, em que suas raízes lógico-conceituais cedem espaço para a necessidade de ampla revisão dos seus paradigmas teóricos. Nesse sentido, não há mais espaço para administradores públicos que calcam suas decisões no tradicional modelo autoritário, burocrático e ineficiente.

De fato, essa disciplina está a exigir reflexões, pois o legalismo administrativo exacerbado, a estrita supremacia do interesse público sobre o privado, a intangibilidade do mérito administrativo



e a ideia de um Poder Executivo unitário não mais se amoldam às reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública.

A problemática que se vislumbra pode ser trazida para o âmbito do Direito Administrativo Disciplinar. Leva-se a questionar até que ponto a Administração deve seguir estritamente a legalidade e partir para a instauração de processos administrativos disciplinares, com base apenas nos ditames da Lei nº 8.112/90 ou de qualquer outro regramento normativo, desprovida de qualquer preocupação finalística do ato.

O problema aqui exposto é agravado pelo fato de que o sistema de repressão disciplinar brasileiro, nas palavras de José Armando da Costa, constitui-se “numa colcha de retalhos, por carecer de uma legislação sistemática que facilite o seu manuseio e compreensão”.

Outro aspecto a merecer consideração é que, enquanto o Poder Judiciário possui uma máquina administrativa estruturada, com serventuários e juízes aptos a desenvolver a atividade judicante, a Administração Pública conta com servidores nem sempre treinados ou com aptidão para conduzirem processos disciplinares. Nesse caso, os vícios e as nulidades são consideráveis.

Ademais, deve-se mencionar o alto custo do processo administrativo disciplinar para os cofres da Administração.

Diante do quadro apresentado, a aplicação do princípio da insignificância no direito disciplinar, sobretudo com

vistas a privilegiar apenas a instauração de processos disciplinares para casos juridicamente relevantes, apresenta-se como critério interpretativo alternativo.

### **3.2. O Princípio da Insignificância e sua aplicação frente aos ilícitos disciplinares – limites e possibilidades**

A transposição do princípio da insignificância para o Direito Disciplinar deve considerar as peculiaridades desse ramo do Direito, mormente em relação às especificidades do serviço público e aos princípios constitucionais e legais que regem a Administração Pública.

A primeira dificuldade, ao se tentar transplantar o princípio da insignificância para a esfera disciplinar, reside no fato de que tal comando se utiliza de um conceito fluido e aberto. Nesse caminho, o que poderia ser entendido por delitos de bagatela, ou como se determinariam condutas de pouca relevância?

Na verdade, a aplicação do princípio da insignificância exigirá a utilização do conteúdo interpretativo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Além disso, seus conceitos não delineados sempre exigirão acurada análise do caso concreto.

No caso do processo administrativo disciplinar, sua aplicação também reforçará a necessidade de harmonização com outros princípios afetos à satisfação do interesse social, como os princípios da moralidade, da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre o tema, utilizando-se do



conteúdo dos princípios da proporcionalidade e da insignificância para desclassificar conduta anteriormente apenada com demissão. A seguir, transcreve-se parte da ementa do julgado proferido em sede do Mandado de Segurança nº 10.825/DF:

**4. 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).

5. Caso em que, não obstante as irregularidades praticadas no tocante à comprovação de despesas com passagens, para fins de percepção de auxílio-transporte, segundo apurado em processo disciplinar, **a baixa lesividade ao erário, em razão da conduta do impetrante, conduz à necessidade de aplicação de penalidade menos grave.** Precedente.

6. Segurança concedida em parte para anular a portaria de demissão e determinar sua reintegração ao cargo público, ressalvada à Administração a aplicação de penalidade de menor gravidade, pelos ilícitos administrativos já apurados. (grifo nosso)

Da leitura do trecho acima, observa-se que o servidor foi anteriormente penalizado com demissão por conta de irregularidades praticadas na compro-

vação de despesas com passagens, para fins de percepção de auxílio-transporte. E o Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se dos princípios da insignificância e da proporcionalidade, pugnou pela aplicação de penalidade mais branda.

No entanto, da fundamentação do referido julgado, entende-se aqui que não seria o caso de aplicação dos princípios da insignificância e da proporcionalidade, visto que a conduta fere os princípios da legalidade, da moralidade e da indisponibilidade do interesse público. Esquece-se o Superior Tribunal de Justiça, no presente caso, que a proteção ao Erário não deve ser o único escopo da sanção disciplinar.

Portanto, o julgado mencionado é mais uma evidência de que se requer uma análise acurada do caso concreto para ensejar a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista que a punição disciplinar também deverá resguardar a regularidade do serviço público, ao inibir condutas indesejáveis, que, caso não impedidas, poderão funcionar como multiplicadoras, colocando em risco a confiança de qualquer instituição.

### **3.3. O Princípio da Insignificância como requisito para a análise do juízo de admissibilidade no processo disciplinar**

Como visto, parte da doutrina e alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça (como o anteriormente mencionado) têm aceitado a aplicação do princípio da insignificância no campo disciplinar. Sua utilização, porém, tem sido verificada com maior frequência no momento da aplicação da penalidade.

Ocorre que, se o princípio da insignificância é aplicado já na formação do juízo de admissibilidade de um processo administrativo disciplinar, evita-se toda a movimentação da máquina administrativa, com todos os custos e dificuldades a ela inerentes, e, por conseguinte, afasta-se a apuração de condutas de menor importância na seara disciplinar.

O que se quer demonstrar é que a sua aplicabilidade no campo disciplinar auxiliará a autoridade instauradora a realizar um juízo de admissibilidade com mais acúleo. Desse modo, somente ilícitos administrativos juridicamente relevantes serão objeto de apuração em sede de processo administrativo disciplinar.

### **3.4. O exemplo da Instrução Normativa nº 04, de 17 de fevereiro de 2009, da Controladoria-Geral da União**

Acompanhando a necessidade de um sistema jurídico dinâmico, em que se privilegia a utilização de princípios, sobretudo aqueles de *status* constitucional, delineados pelos anseios do Estado Democrático de Direito, a Controladoria-Geral da União editou a Instrução Normativa nº 04, em 17 de fevereiro de 2009. Seu escopo é simplificar a apuração de casos de menor relevância por procedimento alternativo, evitando-se a instauração de um processo administrativo disciplinar.

Por meio de formulário denominado Termo Circunstanciado Administrativo (TAC), a Administração poderá rapidamente apurar casos de extravio ou dano a bem público que implicarem em prejuízo de pequeno valor, em estrito atendimento aos princípios da proporcionalidade, da eficiência, da insignificância e do interesse público.

lidade, da eficiência, da insignificância e do interesse público.

Deve-se chamar a atenção pelo uso ponderado dos princípios acima elencados, assegurando-se a proteção do interesse social, calcada na moralidade administrativa e na legalidade. Tal preocupação se revela na vedação da utilização do TAC quando a irregularidade carregar indícios de conduta dolosa de servidor público, prevista em seu art. 5º (“É vedada a utilização do modo de apuração de que trata esta Instrução Normativa quando o extravio ou o dano do bem público apresentarem indícios de conduta dolosa de servidor público”).

Vislumbra-se que a Instrução Normativa nº 04 representa a necessidade de desburocratização de procedimentos e certamente é um exemplo concreto do entendimento defendido neste trabalho, pois não se sugere aqui a não aplicação da lei, mas sim procedimentos mais céleres e simplificados para casos de menor relevância jurídica no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar.

## **Conclusão**

O Estado Democrático de Direito está a exigir uma ordem legitimada e legalizada, e a Administração Pública, enquanto modo derivado de agir do Estado, está a esses preceitos vinculada. Sua atuação deverá ter por base procedimentos, regras de atuação ante a sociedade, como forma de concretizar a democracia. A previsão desses procedimentos e regras em lei configura a implementação de um sistema que não

permite a existência de um poder arbitrário e personalizado.

A ação administrativa deve refletir-se não apenas como procedimento, mas também como uma atitude que visa assegurar a conformidade da atividade administrativa a uma ordem normativa preexistente e à participação de todos os envolvidos numa justa e original composição de interesses.

Por outro lado, é inegável a aproximação do Direito Penal com o Direito Disciplinar, exteriorizada por seu caráter sancionador, sujeitando-se às exigências constitucionais, a exemplo do Devido Processo Legal, da ampla defesa e do contraditório, da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como do interesse público.

Nesse contexto, o princípio da insignificância, utilizado no âmbito penal para afastar a tipicidade da conduta e, conseqüentemente, evitar a instauração de um processo criminal, pode ser utilizado no âmbito do Direito Administrativo.

Entretanto, há que se ressaltar que sanção disciplinar não deverá ter como único escopo a proteção ao Erário. A punição disciplinar também deverá resguardar a regularidade do serviço público, ao inibir condutas indesejáveis, que, caso não impedidas, poderão funcionar

como multiplicadoras de irregularidades, colocando em risco a confiança da própria Administração.

Não se pode olvidar do caráter pedagógico que o processo administrativo disciplinar deverá imprimir em certas condutas praticadas por servidores públicos, sob pena de levar à ocorrência reiterada de práticas nocivas à Administração Pública.

Portanto, somente diante do caso concreto, com a minuciosa análise de todos os detalhes a ele inerentes, é que a autoridade instauradora estará autorizada a aplicar o princípio da insignificância para afastar a apuração de condutas de pouca importância por processo administrativo disciplinar. Assim, deixa-se claro que o intuito aqui proposto não é inobservar a lei, mas proporcionar critérios alternativos mais simplificados para cuidar desses casos.

Certamente a adoção do princípio da insignificância, juntamente com a ponderação de outros princípios e interesses jurídicos, contribuirá para afastar a instauração de inúmeros processos administrativos disciplinares que se acumulam nos seios da Administração Pública, onerando os cofres públicos e desviando servidores de suas funções precípuas, para apurar responsabilidade por condutas irrelevantes na esfera administrativa disciplinar.

## Referências Bibliográficas

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: *Revista de Direito Comparado*, vol. 3, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 481.

PAIXÃO, Cristiano. *Arqueologia de uma Distinção: o Público e o Privado na Experiência Histórica do Direito*. In: *O Novo Direito Administrativo Brasileiro: O Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p.44-45.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia em Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, Vol. II, p. 176.

TEIXEIRA, Marcos Sales. *Anotações sobre Processo Disciplinar*. Brasília: CGU, 2009, p. 21-146.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 124-567.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 196-197.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005, p. 816.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 67.

VICO MAÑAS, Carlos. *O Princípio da Insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 56.

CARVALHIDO, Ramón. *O Princípio da Insignificância no Direito Penal*. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4962/O-principio-da-insignificancia-no-Direito-Penal>>. Acesso em: 13 jul. 2009.

MAGALHÃES, Joseli de Lima. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=948>>. Acesso em: 13 jul. 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.135.

SALES, Antônio Hélder. *Aplicação dos Princípios da Intervenção Mínima e Insignificância ao Direito Disciplinar*. In: *Estudos em Direito Administrativo Disciplinar*. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2007, p. 32.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 5-6.

COSTA, José Armando da. *Incidência aparente de infrações disciplinares*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 23-154.

\_\_\_\_\_. *Teoria e prática do processo administrativo disciplinar*. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 88.

BRASIL, Poder Judiciário. *Superior Tribunal de Justiça*. MS 10.825/DF, Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, 3ª Seção. DJ de 12/06/2006.

# A formação do Estado patrimonialista português e a gênese da corrupção no Brasil

*Alan Lacerda de Souza*, Procurador Federal, Corregedor Setorial do Ministério da Justiça da Corregedoria-Geral da União.

A formação do Estado português apresentou uma singularidade em relação aos seus vizinhos europeus. Na Europa em geral, notadamente a partir do século VII, vigeu o **Sistema Feudal** (o qual só abandonaria totalmente o Velho Mundo já na aurora do século XX). Nesse sistema político-social, o poder do rei, como autoridade central, não era predominante. Ao rei cabia apenas o domínio e a soberania de uma pequena parcela do solo pátrio – na verdade o reinar consistia no domínio de um feudo, uma área de terra específica. Em cada feudo o reinar e o dominar cabiam aos específicos senhores de cada área (nos dizeres de Raymundo Faoro, o *dominare* constitui o pródromo da soberania, esta representada e encarnada posteriormente no *regnare*, este tido como o exercício pleno da potestade dominial e do poder político). Esses senhores administravam a justiça, o sistema político, as finanças da gleba, e propiciavam aos povos sob sua tutela a proteção contra povos invasores e demais inimigos. Em suma, não havia no solo pátrio uma autoridade central dominante, com capacidade militar, eco-

nômica e política que pudesse impor sua força e administrar o país. Faoro anota a “insuperável incompatibilidade” entre o sistema feudal e a apropriação, pelo rei, do poderio militar e fiscal (este entendido como o poder econômico).

Portugal destaca-se nesse cenário por possuir, pelo menos desde 1096, uma organização sociopolítica totalmente diferenciada. Em vez do feudalismo tradicional, no solo luso, predominava o poder real centralizado. O rei era a autoridade central, exercia plenamente o *regnare* e o *dominare*. O **Condado Portucalense**, ao convolar-se em nação e reino, transmitiu à Coroa que a sucederia um poder central baseado, como no feudalismo, na posse da terra, riqueza maior. E essa propriedade da terra, essa conquista do solo, deriva principalmente de uma atividade eminentemente estatal e comum na Europa de então: a **guerra**.

A formação do patrimônio territorial da Casa Real inicia-se, em Portugal, com as guerras da **Reconquista**, o movimento militar e político mais ou menos

unificado dos povos ibéricos para expulsar os invasores árabes e sarracenos que ocuparam a Península Ibérica a partir de 711. Iniciado na região das Astúrias, ao norte da atual Espanha, o movimento ganhou força à medida que avançava pela Península e ganhava o reforço somado de líderes tribais, aldeões e senhores nobres locais.

Um participante ativo das guerras da Reconquista foi o nobre espanhol **D. Henrique de Borgonha**, filho de Henrique, Duque de Borgonha, e de Beatriz de Barcelona. D. Henrique tornou-se, em 1096, aos trinta anos, por ato de suserania e vassalagem estabelecido com Afonso VI, rei de Leão e Castela, o titular e senhor feudal do Condado Portucalense. O Condado era uma área de terra extensa, cujos limites ao norte e leste eram idênticos às atuais fronteiras portuguesas (ao norte o rio Minho, e a leste os rios Douro e Águeda), e ao sul confrontava-se com os rios Mondego e Zêzere, que constituem os limites dos atuais distritos de Coimbra e Castelo Branco.

No ano de 1139, **D. Afonso Henriques**, filho de D. Henrique de Borgonha e herdeiro do Condado Portucalense, resolveu romper com o contrato de vassalagem estabelecido com Leão e Castela. Reconhecido como monarca do Reino de Portugal em 1143 pelos reinos de Leão e Castela e pela Igreja em 1179, é considerado o primeiro Rei de Portugal, com o nome de D. Afonso I, consolidando em torno de si imenso poder, oriundo das vastas extensões de terra ocupadas durante as guerras de Reconquista.

Faoro identifica, a partir de anotações do historiador luso Alexandre Herculano, os bens territoriais dos quais se apropriava o Rei de Portugal: as terras retomadas dos sarracenos; as terras confiscadas a particulares, em represália a crimes ou traições contra a Coroa; e as que iam ao domínio do Rei por conta do direito de monarquia, isto é, aquelas terras pertencentes a particulares que morriam sem deixar descendentes – o que modernamente chama-se herança jacente.

Essa característica da formação do poder central da Coroa Portuguesa é muito importante para estudar a formação do Estado patrimonialista português. Anota o historiador Armando Castro que, no século XIV, o patrimônio territorial do rei, isto é, da Coroa, era três vezes maior que o de toda a nobreza portuguesa. Sendo a terra o bem mais precioso, que possibilitava todo o restante da cadeia de domínio político e econômico, não é exagero dizer que, na Portugal do século XIV, toda a nobreza reunida valia apenas um terço de El-Rei...

A posse de vastas extensões de terra garantia ao rei o domínio político em todo o território – e aí reside toda a diferença da formação do Estado português para o restante das monarquias da Europa feudal na Idade Média. Do **poder territorial** extraía o rei riqueza suficiente para armar um exército maior do que o de todos os outros senhores da nobreza – suas vastas extensões de terra garantiam o **poder militar**, poder guerreiro. O poder econômico e o poder militar asseguravam-lhe o **poder político**. Amalgamando duas forças – é o senhor de terras imensas e o senhor da guerra –, o rei possibilitou a união em torno da Coroa, o que iria prematu-

ramente desemborcar na **Expansão Ultramarina**. Sendo senhor absoluto do poder estatal e do poder político, o rei pode ordenar o avanço de Portugal além de seus territórios peninsulares. Estar à beira do Atlântico e já ter experimentado a navegação, descobrindo e dominado as ilhas da Madeira e dos Açores, foi mais um fator que permitiu a Portugal, antes de qualquer outro país do mundo, se lançar à sedutora aventura da conquista do Mundo.

Mas ainda não é hora de contar a história do avanço português pelos mares – embora, como se verá adiante, esse avanço esteja intimamente ligado à chegada da corrupção no solo do Novo Mundo. Antes é preciso conhecer a estrutura que se formou em torno do rei, estrutura essa que seria o embrião do Estado patrimonialista português.

Para manter a estrutura de poder central do Estado português, a Coroa precisou organizar a administração estatal. Manter o controle sobre a terra e as potestades econômicas que esta propiciava era algo fundamental para que El-Rei pudesse continuar a ser o soberano único. A supremacia da Coroa no campo político era incontestável – clero e nobreza, sem a dotação econômica do rei, não possuíam condições de desafiar o seu poder político. Era preciso ao rei criar e manter uma estrutura, entretanto, que garantisse em boas condições a posse e a propriedade de suas terras, a fim de delas continuar extraindo seu poder econômico.

As tarefas administrativas de uma Corte, na Europa medieval, cabiam habitualmente aos membros da nobreza. O rei lhes reservava os cargos de admi-

nistração conforme seus títulos, ordem de precedência ou importância estratégica ou política que representavam, independentemente de suas aptidões para o exercício das funções públicas. Nesse quadro, falar de boa governança ou de acompanhamento de resultados é algo não apenas risível, mas inexistente. Inúmeras são as histórias da Europa medieval acerca da incompetência e inaptidão crônicas de muitos nobres e fidalgos para gestão dos negócios do Estado em proveito do povo, senão para suas próprias necessidades e vontades. A própria queda do Ancien Régime, na Revolução Francesa, ilustra tal afirmação, eis que um forte componente do levante popular que derrubou a monarquia foi a indignação geral frente ao luxo e à opulência da Corte francesa, em contraste com as condições miseráveis de vida de boa parte da população.

Em Portugal, entretanto, o rei optou por se afastar da nobreza, no aspecto da gestão da res publica, como medida de controle direto da situação dos negócios do Reino – e também para manter seu poder territorial intacto. Para gerir o Estado em suas tarefas administrativas, surge uma categoria de **servidores públicos**, inicialmente formada com base na meritocracia e no conhecimento sobre leis, ciência política e administração. Essa categoria de burocratas (no bom sentido...) recebeu a denominação de Letrados. Em sua esmagadora maioria, na origem, eram oriundos da **Escola de Bolonha**, sendo em menor número oriundos de outras universidades europeias. Tratava-se em grande parte de filhos de ricos comerciantes, sem estatuto de nobres, que graças à fortuna paterna puderam avançar em estudos teóricos até então



desprezados pela nobreza – esta que valorizava sobretudo as artes da guerra. Dentre os Letrados, contava-se também alguns nobres não primogênitos, aos quais, sem perspectiva de herança (exclusiva do direito de primogenia), sem aptidão para as guerras, para o clero ou para a carreira do mar, restou acorrer aos estudos.

A Escola de Bolonha é a denominação que restou comum aos estudiosos de Humanidades e Direito da Universidade de Bolonha, a mais antiga universidade europeia, fundada em 1088.

Os Letrados, por seu profundo conhecimento sobretudo do direito romano e do direito canônico, mas também dominando a filosofia e a política, e com largo senso de gestão burocrática dos negócios do Reino, logo passam a constituir importante estamento do Poder Político. De administradores, rapidamente passam a conselheiros do rei. Gerindo a fortuna real e direcionando os interesses burocráticos da Coroa, terminam por conduzir virtualmente todos os negócios do Reino, a arrecadar os impostos, a gerir na totalidade a vida dos súditos. Satisfeito com a manutenção de sua riqueza e de seu poder central, o rei vê como vantajosa a instituição da categoria dos Letrados como burocratas. Forma-se aos poucos uma simbiose entre a Coroa e os burocratas. De sua parte, o rei confere aos Letrados extensos poderes administrativos, que, pouco a pouco, vão se convolar em poder político. Já os Letrados, com sua eficiência administrativa e fidelidade ao rei, garantem-lhe a manutenção do poder central.

Satisfeito por não depender das intrigas da nobreza, bem como por evitar-lhe a ganância desmedida, o rei passa a privilegiar os Letrados com a concessão, por gratidão e mérito, dos mesmos títulos nobiliárquicos que a nobreza angariava por hereditariedade. É o lendário rei **D. Sebastião** (1554-1578), 16º regente português, que reforma os estatutos de cavalaria do Reino, para passar a abrigar os influentes Letrados na categoria de Fidalgos – literalmente Filhos de Algo, aceção dada pela sua exclusão da categoria de pessoas comuns. Tanto que a esses novos fidalgos, tornados nobres não por linhagem, mas por mercê de El-Rei, passaram os nobres de estirpe a referir-se, de forma um tanto quanto pejorativa, como fidalgos do livro. A expressão máxima do poder político dessa novel fidalguia ficará patente na ascensão ao poder de **Sebastião José de Carvalho e Melo**, o célebre **Marquês de Pombal** (1699-1782), ele próprio um legítimo Letrado, formado em Direito pela prestigiosa Universidade de Coimbra. Com carreira burocrática iniciada na diplomacia, Pombal tornarse-ia em 1755 o primeiro-ministro de Portugal, e com o tempo acumularia poder suficiente para afastar do poder central tanto a nobreza tradicional e hereditária quanto os jesuítas, importante ramo do clero, os quais literalmente expulsou de Portugal e de suas colônias. Oriundo de família com alguma tradição, mas sem maiores expressões políticas, Pombal ascendeu gradativamente na burocracia estatal, afeitando paulatinamente, por decisões régias, vários nichos de poder político. Foi ele em Portugal a maior expressão do **Despotismo Esclarecido**, unindo o poder absolutista com o racionalismo iluminista.



A ascensão dos Letrados ao poder, na esfera administrativa, foi a forma encontrada por uma elite econômica sem laivos de nobreza para se associar ao poder político. Essa simbiose formada entre a elite econômica e o rei, por meio da categoria dos Letrados, é que vai se tornar a gênese do verdadeiro Estado patrimonialista português, na melhor acepção weberiana. Com efeito, **Max Weber** assim se refere ao patrimonialismo, em interessante passagem que ilustra nossa assertiva:

*“Quando existe uma associação de ‘estamentos’ [nos sistemas feudais], o senhor governa com a ajuda de uma ‘aristocracia’ autônoma e conseqüentemente comparte sua administração com ela; o senhor que administra de forma pessoal [no sistema patrimonial] é ajudado seja por pessoas de sua unidade familiar, seja por plebeus. Eles formam um estrato social sem propriedades e que não tem honra social por mérito próprio; materialmente, são totalmente dependentes do senhor, e não têm nenhuma forma própria de poder competitivo.”*

Essa dependência do senhor (no caso dos Letrados, dependência do rei) marca a formação do patrimonialismo. A burocracia dos Letrados confere estabilidade ao Reino, na esfera da organização política, ao que o rei lhes retribui conferindo-lhes benesses várias (títulos, finanças, poder). Côncios de seu poder junto à Coroa, e mais ainda cientes da forma como o herdaram – por meritocracia e pelo conhecimento, e não por hereditariedade –, os Letrados tratam de se organizar para evitar a perda do poder, seu alijamento da estrutura esta-

tal-burocrática. Definidos por Faoro como “uma rede patriarcal” que, ao mesmo tempo, representa o rei e é dependente deste, os Letrados se organizam para perpetuar o próprio poder. O trecho a seguir é esclarecedor:

*“Mais um passo, e a categoria dos auxiliares do príncipe comporá uma nobreza própria, ao lado e, muitas vezes, superior à nobreza territorial. Outro passo ainda e os legistas, doutores e letrados, conservando os fumos aristocráticos, serão sepultados na vala comum dos funcionários, onde a vontade do soberano os ressuscita para as grandezas ou lhe vota o esquecimento aniquilador. A economia e a administração se conjugam para a conservação da estrutura, velando contra as forças desagregadoras, situadas na propriedade territorial, ansiosas de se emanciparem das rédeas tirânicas que lhe impedem a marcha desenvolva.”*

Usufruindo de sua proximidade com o Rei para obter benesses particulares, gerindo o Estado de forma a manter-se no poder, essa elite (e agora também nobreza) burocrática passa a viver em função de perpetuar-se no poder e manter seus privilégios. Atua a um só tempo para se livrar dos perigos que representam a nobreza tradicional, de um lado, e o povo a exigir direitos, de outro. Como deduziu Faoro, o efetivo comando da sociedade não se determina pela maioria, mas pela minoria que, a pretexto de representar o povo, o controla.

A estabilidade dos Letrados permite que o Estado tenha condições de se estruturar para se lançar à aventura ul-

tramarina antes de todos os demais reinos da Europa. Portugal possuía o poder central capaz de ordenar a aventura, poder este dono das arcas do tesouro que podiam financiar a expansão. Os demais países ainda se debatiam no Feudalismo tradicional, sendo os reis destes obrigados a dividir o poder político com os senhores feudais, e da mesma forma não dispunham do capital necessário para aventurar-se pelos oceanos.

Essa elite governamental se habitua ao patrimonialismo em sua plenitude: passa a viver sem estabelecer distinções entre o público e o privado, seja para usufruir das benesses que o Estado lhes proporciona, seja para atuar na manutenção desses privilégios. E é essa elite que cruza o Atlântico durante a Expansão Ultramarina, a bordo das caravelas portuguesas, para se estabelecer na condição de administradores do Novo Mundo. Ao estabelecer no território brasileiro o sistema dos **Governos Gerais** a partir de 1548, o modelo colonialista português já havia sido testado em seus territórios insulares (Madeira, 1418; Açores, 1431), nas colônias africanas (Ceuta, 1415; S. Tomé e Príncipe, 1471; Moçambique, 1497) e nas colônias da Ásia (Goa, 1510; Cantão, 1513; Ceilão, 1518). Esse modelo incluía o estabelecimento, nos territórios coloniais, de uma complexa estrutura burocrática (muito similar à estrutura política de Portugal), dentro da qual se destacavam quatro grandes áreas de influência e poder:

1) O **Governador-Geral** e seus auxiliares diretos, nos quais se incluía uma gama de artífices e fiscais das mais variadas atribuições;

2) A **gente das armas**, militares responsáveis pela defesa do território tanto contra invasores quanto contra rebeldes locais;

3) Os responsáveis pelo **Fisco Real**: o Provedor-Mor da Fazenda (espécie de secretário da receita), os vedores (fiscais de tributos) e recebedores (coletores de tributos), os contadores, escrivães e almoxarifes;

4) Uma estrutura de **Poder Judiciário**, que incluía inúmeros cargos, desde os tabeliães e escreventes, passando por magistrados, corregedores (sem o sentido atual da palavra) e o Ouvidor-Geral, cargo mais alto da estrutura do Judiciário nas colônias e equivalente hoje ao cargo de Ministro da Justiça.

É essa a imensa estrutura administrativa que desembarca, sem adaptações às realidades e necessidades locais, nas colônias do Império Português. Ao chegar ao Brasil em 1549, o primeiro Governador-Geral do Brasil, **Tomé de Sousa**, vem resguardado por uma impressionante equipe. O contingente de “gente das armas” totalizava 132 homens, sob as ordens do Capitão-Mor da Costa, **Pero de Góis**. A “gente do mar” (tripulação das naus portuguesas) constituía um total de 93 homens, que ficavam sob o comando direto do Governador-Geral. A estes se somavam outros 72 artífices (pedreiros, serralheiros, carpinteiros, etc...). A estrutura do Judiciário totalizava 16 homens, incluído o Ouvidor-Geral **Pero Borges**. Os funcionários do Fisco Real (a Fazenda) eram 21, liderados pelo Provedor-Mor **Antônio Cardoso de Barros**. A esse imenso e certamente desnecessário

número de funcionários públicos, somavam-se ainda 51 trabalhadores braçais sem função definida e mais 15 fidalgos, estes os quais (segundo anotou o historiador Pedro Calmon na História da Fundação da Bahia) eram filhos da “nobreza arruinada que tentava refazer-se no Brasil” .

Ou seja, para a instalação da primeira capital do Brasil, a cidade de Salvador (que em 1550 contava com menos de mil habitantes), a Coroa portuguesa havia enviado ao Brasil um contingente pago de 400 homens. Mais de 2/5 da população da cidade eram formados por funcionários do Reino e militares da Coroa portuguesa – e aqui não estão incluídos os seis religiosos jesuítas, que compunham a comitiva do Governador-Geral, e que eram igualmente pagos pelo Tesouro Real...

O inchaço da máquina administrativa era um traço do Estado patrimonialista. Fazia parte da estratégia levada a efeito pelos Letrados para preservar seus privilégios e beneficiar seus parentes e agregados. Nenhuma categoria era mais bem aquinhoadada que o **Judiciário**, em termos de regalias. Os administradores da Fazenda, por ter acesso direito ao Tesouro Real, certamente tinham maiores possibilidades financeiras a seu alcance, mas essas seriam sempre fruto de ilegalidades, corrupção e desvio de verbas, ao passo que as benesses dos membros do Judiciário eram todas legais, estabelecidas pelas **Ordenações Manuelinas**, o código jurídico do Reino de 1514 a 1603. Tais privilégios incluíam isenção tributária, imunidades jurídicas e direito de foro privilegiado, autorização para compor ordens militares e religiosas (o que importava na conces-

são de uma **comenda**, benefício em dinheiro pago aos membros dessas ordens), concessão de títulos nobiliárquicos e de tenças (espécie de pensão paga pela Coroa como prêmio pela prestação de “bons serviços” ao Reino).

Por fim, o Judiciário da Coroa foi a parcela da burocracia estatal que mais se aproximou da configuração de uma verdadeira **casta**. De acordo com o historiador norte-americano Stuart Schwartz, os Letrados do Judiciário eram escolhidos para ocupar os cargos iniciais da carreira (e para as promoções subsequentes) por meio de um critério de “ter ou não o progenitor servido à Coroa” – vê-se aqui o critério de ser fidalgo, literalmente “filho de algo”. Segundo Schwartz, por meio de “casamentos e ligações familiares”, os membros do Judiciário se tornaram um grupo autoperpetuador, influenciando cada vez mais não somente na administração da Justiça, mas na maioria dos demais cargos administrativos do Governo. A esses servidores, chegados ao Serviço Público não mais por meritocracia, mas sim por seus laços familiares, foi dado o apodo de Filhos da Folha, pois entravam na folha de pagamento do Reino por serem “filhos de algo” .

Importante ressaltar aqui que a categoria dos Letrados do Judiciário, inicialmente formada pela meritocracia e pelo conhecimento teórico, passa, aos poucos (com o intuito de manter o poder), a se formar e se perpetuar como a nobreza tradicional – devido à hereditariedade. É uma verdadeira transmutação a que se submete, em nome do patrimonialismo...

Foi no desempenho de suas funções no ultramar que o Judiciário português demonstrou toda a sua capacidade corrupta e negativa, uma vez que nas colônias se encontrava virtualmente livre do controle de qualquer autoridade. Multas aplicadas ao bel-prazer dos magistrados (e na maioria das vezes desviadas do Tesouro Real para os próprios bolsos dos sentenciadores), ineficiência e extrema morosidade fizeram com que o cronista português Diogo de Couto (1542-1616, citado por Schwartz – v. nota anterior) declarasse que o aparelho judiciário português na Índia não produziu absolutamente nada naquela terra, “além de locupletar os bolsos de magistrados”.

Essa estrutura judicial patrimonialista e corrupta desembarcou no Brasil por meio de um seu legítimo representante, o Ouvidor-Geral Pero Borges. Em 1543, quando exercente do cargo de Corregedor de Justiça em Elvas, no Alentejo, Borges fora acusado do desvio de verbas públicas cuja aplicação deveria fiscalizar, destinadas à construção de um aqueduto. Investigado por uma comissão parlamentar de inquérito formada por Conselheiros (vereadores) de Elvas, comissão essa instalada por ordem do Rei D. João III, constatou-se que Borges desviara a quantia de 285 cruzados (em valores atuais, seriam aproximadamente 58 mil reais, eis que cada cruzado equivalia, em peso, a 3,5 gramas de ouro). Em maio de 1547, Borges foi condenado pelo Rei D. João III à suspensão do exercício de cargos públicos por três anos, bem como a ressarcir ao erário o dinheiro desviado. Ocorre que, em dezembro de 1548, o próprio rei que o condenara o nomeou como Ouvidor-Geral do Brasil.

Além do salário anual de 500 cruzados (equivalentes hoje a pouco mais de 102 mil reais), a esposa de Borges, Simoa da Costa, receberia uma pensão anual de 100 cruzados enquanto seu marido estivesse no Brasil.

No Brasil Pero Borges enfrentou, do primeiro bispo do Brasil, **Pero Fernandes Sardinha**, acusações de favorecimento pessoal e valimento do cargo. O Provedor-Mor da Fazenda, Antônio Cardoso de Barros, foi acusado pelo então 2º Governador-Geral do Brasil, Duarte da Costa, em carta ao Rei D. João III, de ter mandado construir com dinheiro desviado das arcas públicas um engenho no Recôncavo Baiano. A ambos, Pero Borges e Antônio Cardoso de Barros, podemos atribuir os títulos – nada honrosos, é certo – de primeiros corruptos da história do Brasil.

A situação de dissolução ética e corrupção era tão generalizada, no Brasil Colônia, que virou motivo para chistes variados. O poeta **Gregório de Matos Guerra** (alinhado Boca do Inferno, por sua verve afiada voltada contra os maus costumes dos governantes), nascido em Salvador em 1636, em seu célebre e satírico poema Epílogos, assim descrevia sua cidade natal:

*“Que falta nesta cidade? Verdade!  
Que mais por sua desonra? Honra!  
Falta mais que se lhe ponha?  
Vergonha!*

*O demo a viver se exponha  
Por mais que a fama a exalta  
Numa cidade, onde falta  
Verdade, Honra e Vergonha!(...)*

*E que Justiça a resguarda? Bastarda!*

*É grátis distribuída? Vendida!  
Que tem, que a todos assusta?  
Injusta!*

*Valha-nos Deus, o que custa  
O que El-Rei nos dá de graça.  
Que anda a Justiça na praça  
Bastarda, Vendida, Injusta! (...)*

*A Câmara não acode? Não pode!  
Pois não tem todo o Poder? Não  
quer!  
É que o Governo a convence? Não  
vence!*

*Que haverá que tal pense,  
Que uma Câmara tão nobre  
Por ver-se mísera, e pobre,  
Não pode, não quer, não vence.”*

Há quem argumente que esse estado lastimável de maltrato do erário se desse pela distância de Portugal, que fazia com que os costumes na colônia fossem outros, mais frouxos do que na metrópole. O padre jesuíta **Manoel da Nóbrega**, o chefe dos seis eclesiásticos que desembarcou no Brasil com a esquadra do 1º Governador-Geral, Tomé de Sousa, relatou, em carta ao Rei D. João III, que a vida na colônia, para os funcionários da Coroa, resumia-se a “desconsolos que se toleravam apenas até a hora de tornar para o reino”. Segundo o padre os servidores do rei, apenas se preocupavam em retornar a Portugal (onde estariam “suas afeições”) com “muitos navios carregados de ouro”, e assim não trabalhavam em favorecer a terra, mas “antes se aproveitam dela de qualquer maneira que podem”.

A verdade é que a própria Corte estava plenamente imersa no patrimonia-

lismo. De tão arraigada na sua proposta de não distinguir o público do privado, a perdulária e nepotista Corte portuguesa extraía das arcas públicas toda sorte de benesses e privilégios – até mesmo a sua alimentação diária.

A vinda da Família Real portuguesa para o Brasil, em 1808, em fuga das tropas de Napoleão Bonaparte, que haviam invadido Portugal no ano anterior, ilustra bem o quanto estavam enredados com os negócios do Reino os interesses e as vivências pessoais dos membros da Corte, servidores da Coroa e seus agregados. Aos membros da Família Real e da Corte (ministros, conselheiros, militares, juizes, damas de companhia, camareiros, cozinheiros e cavaleiros), juntaram-se os membros da nobreza (duques, marqueses, condes, viscondes, fidalgos, seus familiares e serviçais), membros do clero (bispos, cardeais, padres, núncios apostólicos, freiras) e um sem-número de pessoas que, por alguma ligação com algum desses grupos (Família Real/Corte/clero/nobreza), haviam conseguido embarcar em uma das 44 embarcações que deixaram Portugal na manhã de 29 de novembro de 1807. Na falta de informações precisas, estima-se entre 10.000 e 15.000 o número de pessoas que vieram para o Brasil nessa fuga desabalada (os números representam entre 5% e 7,5% da população da capital Lisboa naquele ano). Ao deixar Portugal, a Família Real levou consigo nada menos do que metade do dinheiro circulante no país – bem como uma imensa carga de diamantes brasileiros que compunham o tesouro português, avaliados em 100 milhões de dólares americanos.

Ao se instalar no Rio de Janeiro, a Corte portuguesa era hipertrofiada e perdulária. Para efeito de comparação, em 1800 o então presidente dos Estados Unidos da América, **John Adams**, transferiu a sede do governo federal da Filadélfia para a recém-construída Washington. A máquina governamental federal era composta então por apenas 1.000 servidores públicos. A Corte portuguesa chegou ao Rio de Janeiro com uma comitiva dez a quinze vezes maior, toda ela absolutamente dependente do erário. Somente os religiosos na folha de pagamento da Coroa eram 700. A esses se somavam 500 advogados e 200 médicos, e um número de militares estimado entre 4 e 5 mil homens.

Essa massa de gente consumiu, em 1820, ano anterior ao regresso da Corte a Portugal, nada menos do que **200 mil aves** (frangos, perus e galinhas). Para dar conta desse banquete régio, a Ucharia Real – repartição responsável pela alimentação da Corte – determinou que os agentes do rei tivessem preferência na compra de todas as galinhas à venda no Rio de Janeiro. Com a escassez desse gênero alimentício para o restante da população, logo surgiram muitas reclamações e revoltas da plebe, pois vários funcionários da despensa real eram acusados de vender os frangos no mercado paralelo, evidentemente com algum ágio, que tratavam de embolsar...

O funcionário da Casa Real encarregado de todas as compras e estoques no Brasil era o lusitano **Joaquim José de Azevedo**. Durante a estada da Família Real no Brasil, Azevedo enriqueceu de forma tão obscena que, no retorno da Corte a Portugal, ele foi

proibido de desembarcar em solo europeu pelas Cortes Portuguesas (o então parlamento luso). Azevedo retornou ao Brasil e aqui continuou exercendo vários cargos públicos, aumentando ainda mais sua fortuna após a Independência do Brasil, em 1822. Tal como Azevedo, o patrimonialismo e a corrupção jamais iriam nos abandonar.

### Referências Bibliográficas

BUENO, Eduardo. *A Coroa, a Cruz e a Espada: Lei, Ordem e Corrupção no Brasil Colônia (1548-1558)*. Rio de Janeiro : Objetiva, 2006.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª edição, revista (7ª reimpressão). São Paulo : Globo, 2007.

GOMES, Laurentino. *1808: como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a história de Portugal e do Brasil*. São Paulo : Planeta do Brasil, 2007.

MACHADO NETO, A. L. *Sociologia jurídica*. 6ª edição. São Paulo : Saraiva, 1987.

SCHWARTZMAN, Simon. *Bases do autoritarismo brasileiro*. 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo : Campus, 1988.

---

Este artigo engloba a 1ª Parte da monografia apresentada pelo autor, com a finalidade de obter o título de especialista em Direito Administrativo Disciplinar. O trabalho completo (que está disponibilizado na Biblioteca Virtual sobre Corrupção, com o título *Propostas de Melhoria Institucional para o Combate à Corrupção - História da Corrupção no Brasil e Propostas para Combatê-la*) engloba uma análise do patrimonialismo nos dias atuais, no Brasil, e ainda sugestões de melhoria da atividade governamental e para o combate efetivo à corrupção.



# Uma (re)leitura do poder correcional no Estado Democrático de Direito: prevenção versus repressão

**Ana Cláudia de Moraes**, tecnóloga em Sistemas de Informação pelo CEFET/GO, pós-graduada em Processo Administrativo Disciplinar pela UNB, Analista de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União.

## Introdução

A ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988 deu nova configuração ao Estado brasileiro, incluindo como um de seus pilares fundamentais a democracia participativa. Com a nova ordem, todas as instituições devem se empenhar em realizar seu conteúdo democrático precípua, ou seja, efetuar a passagem de um modelo burocrático ineficiente e não comunicativo para um modelo aberto à participação da sociedade civil e ao diálogo em sua estrutura institucional.

Ocorre que, se em outras esferas públicas essa ideia já está sendo formulada, como, por exemplo, na educação, na saúde, na segurança pública, nos transportes e na cultura, existem alguns setores do Estado que ainda não se propuseram a realizar essa missão fundamental. Vê-se, nesse sentido, que o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal se encontra ainda estruturado nos moldes de um sistema repressivo, com suas ações voltadas para o exercí-

cio primordial do *jus puniendi*. Este trabalho pretende tematizar as limitações desse sistema e propor alguns delineamentos para a sua superação, ou melhor, para sua atualização com os parâmetros do novo Estado.

## 1. O poder correicional a partir da transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito

Nas últimas décadas do século XIX, diante de revoltas e conflitos sociais desencadeados pela desigualdade material na distribuição do poder e da riqueza, surge o paradigma do Estado Social. Esse novo paradigma trouxe consigo um viés autoritário, e foi justamente nesse contexto que o Direito Administrativo se consolidou como disciplina autônoma. Parte desse autoritarismo refletiu nas instituições criadas por esse ramo do Direito, e a Administração Pública, bem como seus poderes, não ficou imune a essa influência. No Brasil, a Administração Pública

foi alicerçada, em grande parte, em um paradigma jurídico-administrativo “burocrático”, “autoritário” e tradicionalmente apartado dos valores e princípios constitucionais<sup>1</sup>.

O Direito Administrativo Disciplinar, especificamente, considerado como o Direito Administrativo Punitivo Interno, por Ada Pellegrini Grinover, carrega em sua essência elevado teor autoritário. Nesse sentido, nota-se a consolidação do caráter repressivo como finalidade precípua do Direito Disciplinar, servindo-se o Estado da punição, como forma de buscar a disciplina no âmbito da própria administração.

Diante da limitação das propostas do Estado Social, juntamente com a necessidade emergente de novas manifestações de direitos, passou-se a questionar o papel e a racionalidade do Estado-interventor. É nesse contexto que a crise desse modelo estatal se manifesta em todas as suas dimensões. Frente a essa crise, viabiliza-se a construção de um novo paradigma, configurando uma alternativa ao modelo anterior. Surge assim o Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito tem como pressupostos a democracia, a participação ativa e a cidadania, compreendidas de uma nova forma. A partir desse novo modelo, busca-se dar significação e efetividade aos valores da liberdade e da igualdade, tendo como seu eixo axiológico a pessoa humana<sup>2</sup>. Nessa perspectiva, a sociedade assume um papel relevante na produção e consecução do direito; a atividade do cidadão exige uma participação ativa da coletividade na atividade política e no processo jurídico decisional<sup>3</sup>.

**O Estado Democrático de Direito tem como pressupostos a democracia, a participação ativa e a cidadania, compreendidas de uma nova forma.**

A Constituição de 1988 lançou bases para a consecução do Estado Democrático de Direito. É o que se depreende da inteligência de seu preâmbulo e dos seus próprios fundamentos. Nesse contexto, a Carta Magna institucionalizou princípios pautados em conceitos como participação e controle social, refletindo os anseios desse novo Estado idealizado. Novos elementos trazidos pela Constituição abriram caminhos para a gestão pública democrática e participativa no Brasil.

O novo enfoque do paradigma do Estado Democrático de Direito, em contraste ao Estado Social, reflete-se substancialmente no Direito Administrativo. Nessa perspectiva, visualiza-se a crise teórica desse ramo do Direito, que surge nos primeiros anos do século XXI, exigindo-se, por muitos doutrinadores, sua constitucionalização.

Diante dessa realidade, a Administração Pública carece de uma reformulação para se adequar à atual concepção de Estado. Não se admite mais o fechamento comunicativo da Administração Pública em face de todos os outros poderes, bem como



diante da sociedade civil. O Estado Democrático de Direito demanda uma gestão pública democrática e eficiente, comprometida com a concretização dos direitos fundamentais postos na Constituição<sup>4</sup>.

### **1.1. A visão tradicional do Poder Disciplinar na Administração Pública brasileira**

Tradicionalmente, os manuais de Direito Administrativo se referem ao Poder Disciplinar como um poder que visa à punição de condutas qualificadas em estatutos ou leis administrativas, como infrações ou ilícitos disciplinares, com a finalidade de preservar, de modo imediato, a ordem interna do serviço<sup>5</sup>.

*O novo enfoque do paradigma do Estado Democrático de Direito, em contraste ao Estado Social, reflete-se substancialmente no Direito Administrativo.*

Na obra de Carlos Schmidt de Barros Júnior, publicada em 1972, intitulada “Do Poder Disciplinar na Administração Pública”, há referência à teoria da identidade substancial. Tal teoria aduzia não haver diferença essencial entre o Poder Disciplinar e o Direito Penal. Naquela época, considerava-se o Direito Disciplinar um direito penal especial ou particular de certas instituições. Dada a unidade ontológica do ilícito, a falta administrativa seria um minus em relação ao delito criminal. Como destacado por

renomado penalista de outrora, ambos seriam “species do mesmo genus”<sup>6</sup>.

Após ser submetida a uma severa crítica pelos estudiosos do Direito Administrativo, essa construção acabou por ser abandonada, sendo substituída por sucessivas formulações doutrinárias. Ao fim, concebe-se hoje a função disciplinar na esfera administrativa como uma relação punitiva especial, a regular a conduta de pessoas determinadas, sujeitas a relações de supremacia não territorialmente limitadas. Nesse sentido, conforme disciplina Odete Medauar, o Poder Disciplinar encontra mais correlação com a função hierárquica existente no plano administrativo do que com o aludido Direito Penal.

Apesar do avanço alcançado desde a primitiva formulação da teoria da identidade substancial, vê-se que a forma de pensar o Direito Disciplinar, com parâmetros interpretativos da metade do século passado, ainda está presente na doutrina brasileira. A ênfase de alguns doutrinadores quanto à responsabilização administrativa volta-se para a manutenção da Administração Pública, e não para o enfrentamento da questão da fraude e da corrupção, por exemplo. Note-se que o Congresso Nacional, na elaboração da Lei nº 8.112/90, denominada “Estatuto dos servidores públicos federais”, não parece ter zelado bem pelo desenvolvimento e avanço em relação à apuração administrativa disciplinar. Em essência, adotou-se o mesmo modelo previsto na Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952<sup>7</sup>.

Para o Promotor-Corregedor do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Luciano de Freitas Brasil, não se pode

admitir que, após a promulgação da Carta de 1988, e em face das grandes transformações operadas no direito contemporâneo, se continue a aplicar de maneira acrítica os institutos próprios do Direito Administrativo Disciplinar, sem maior reflexão ou profundidade de análise<sup>8</sup>. Dessa forma, vislumbra-se um novo enfoque sobre a matéria, refletindo esse novo pensamento à luz dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

## **1.2. Poder correccional versus poder disciplinar**

O termo “Poder Correccional” advém, primordialmente, da palavra correição, que pode ser conceituada como a atividade relacionada à prevenção e apuração de irregularidades praticadas por agentes públicos na esfera administrativa. Pode-se exprimir também como uma atividade criada para resguardar a administração pública de possíveis erros, excessos, equívocos ou mesmo de atos abusivos e arbitrários, praticados por servidores, tendo por escopo a correta e a eficiente prestação do serviço público. É nesse sentido que se entende o Poder Correccional, que abrange a fiscalização, a correção de condutas e eventualmente a punição, quando da ocorrência de faltas administrativas, assemelhando-se, nesse último aspecto, ao Poder Disciplinar.

Para o presente estudo, importa marcar a regulamentação do Poder Correccional, no âmbito do Poder Executivo Federal, a partir do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005, momento em que se dispôs sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal. Nesse mesmo ato

normativo, a Controladoria-Geral da União (CGU) passou a figurar como órgão central do Sistema.

Já o Poder Disciplinar, que permite à Administração aplicar a agente público sanção em razão de infração funcional, tem por finalidade preservar, de modo imediato, a ordem interna do serviço, para que as atividades do órgão possam ser realizadas sem perturbação, dentro da legalidade e da lisura<sup>9</sup>.

Depreende-se desse poder a ênfase em medidas de caráter repressivo. Não se nega aqui a necessidade dessas medidas, porém elas não podem ser as únicas a serem adotadas. Atualmente, já se reconhece que a punição, depois de consumado o fato ilícito, não é suficiente para impedir sua repetição<sup>10</sup>. Igualmente, verifica-se a baixa eficácia e os altos custos em ações destinadas a recuperar recursos desviados<sup>11</sup>.

Nessa perspectiva, constata-se que o Poder Correccional e o Poder Disciplinar possuem uma relação intrínseca, porém não se confundem. Na medida em que este se direciona ao aspecto sancionador, aquele se dirige às medidas de cunho corretivo e estratégico, com maior atenção à atuação preventiva da Administração.

## **1.3. Para uma adequada interpretação do poder correccional no Estado Democrático de Direito**

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, pode-se observar que, além de estabelecer um regime jurídico vinculado aos valores democráticos, houve uma preocupa-

ção em prescrever regras que garantissem a efetivação desses valores no âmbito administrativo. Para tanto, assegurou-se o direito de participação, inovando assim o tratamento jurídico conferido à atividade dos poderes públicos no ordenamento pátrio<sup>12</sup>. A Constituição visou garantir o direito de participação dos cidadãos também na esfera administrativa. Tal direito despontou como instrumento capaz de conferir legitimidade às atividades do Poder Público, permitindo a democratização das decisões (orçamento participativo, consulta pública, audiência pública, dentre outros), bem como a possibilidade de controle exercido pela população diretamente sobre os atos administrativos (direito de reclamação, ombudsman, entre outros).

Para efetivar os novos direitos consagrados na Constituição, o Estado brasileiro, além de uma inovação no campo jurídico, precisa de uma inovação no campo administrativo, construindo uma administração mais participativa e democrática. Destaca-se que a participação no Estado de Direito proporciona um avanço nas formas de controle da Administração. Sublinha-se que, por meio dela, a coletividade fiscaliza, de maneira ativa, os abusos cometidos na Administração Pública, constituindo-se em uma forte ferramenta na construção do Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, o Poder Correccional deve ser interpretado à luz dos princípios desse novo paradigma, fazendo da participação democrática uma arma contra os arbítrios do Estado. Visa-se a inclusão dos próprios servidores públicos no contexto do sistema cor-

recional, assumindo eles o papel de protagonistas na efetivação do direito fundamental à boa Administração Pública, conforme apregoa o Professor Juarez Freitas.

Por boa Administração Pública pode-se compreender aquela que guarda observância plena aos princípios mandamentais da Constituição Federal, em especial os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da economicidade, além dos princípios da prevenção e da precaução, que se instituem como alicerces de uma nova visão na gestão administrativa.

Diante dessas circunstâncias, pensar a ideia de prevenção como um possível ganho objetivo para o exercício do Poder Correccional, na égide do Estado Democrático de Direito, demonstra ser o caminho mais eficiente e próspero para concretização dos ideais desse novo paradigma.

## **2. O destaque da ideia de prevenção como ganho objetivo para o exercício do poder correccional no Estado Democrático de Direito**

---

Diante do apresentado no capítulo anterior, verifica-se a necessidade de adequação da Administração Pública aos novos fundamentos trazidos pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, busca-se introduzir a ideia de prevenção no contexto geral da administração, permitindo a realização de uma releitura do poder correccional.

## 2.1. Prevenção versus repressão: um novo significado ao poder correcional

Por meio do Direito Administrativo Disciplinar, o Estado busca regular sua relação com o corpo de funcionários, objetivando criar condições que viabilizem o funcionamento regular dos órgãos da Administração Pública, primando sempre pela excelência nos serviços prestados à comunidade. Isso não implica que a administração tenha de atuar somente de maneira reativa, utilizando-se essencialmente de medidas repressivas, que resultam na punição de seus servidores. Primeiramente, deve-se tentar evitar a ocorrência do ilícito, agir de forma proativa, orientar e corrigir a conduta, portando-se, assim, de forma preventiva.

Prevenção é um termo cujo significado traz ínsita a ideia de se antecipar, de ação que impede a ocorrência de um mal, de tomar medidas antecipadas contra algo ou alguém. Por diversas vertentes, a Administração Pública tem-se aproximado dessa nova perspectiva. Pode-se ver essa tendência, por exemplo, tanto no princípio da eficiência, que tem amparo constitucional, quanto na Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000 –, que apresenta, em seu art. 1º, § 1º, referência à prevenção, consubstanciada por meio de ações planejadas e transparentes.

Não restam dúvidas de que a adoção da política de prevenção na Administração Pública, de um modo geral, traria imensuráveis proveitos. Com relação à corrupção, embora a elaboração de políticas e estratégias de prevenção não seja uma tarefa simples,

considerando a complexidade, a dimensão e as peculiaridades do fenômeno, urge a necessidade de se enfrentar esse “mal” que assola a sociedade. Nesse aspecto, pode-se dizer que as convenções internacionais têm seguido o caminho das medidas preventivas, com o objetivo de promover a integridade, a transparência e a boa governança nos setores público e privado.

Diante dessas medidas, a pergunta que se faz é a seguinte: por que não inserir, na seara correcional, essa nova tendência preventiva, já adotada no contexto das convenções internacionais? Por que não se utilizar de medidas preventivas para se evitar a corrupção e também os ilícitos administrativos em geral, no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar? Aproximar-se mais do cunho preventivo, afastando-se da visão meramente repressiva, permitirá à Administração Pública um avanço na busca da excelência do serviço público e do fortalecimento do Estado.

## 2.2. O papel do órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal: objetivos, resultados e a ideia de aplicação do direito

Conforme disposto no artigo 1º, § 1º, do Decreto nº 5.480/2005, o sistema de correição abrange as atividades relacionadas à prevenção e apuração de irregularidades, no âmbito do Poder Executivo Federal. Esse sistema tem como objetivo promover, de forma coordenada e harmoniosa, as atividades de correição, definindo e padronizando os procedimentos atinentes a essa área. Depreende-se da leitura do dispositivo

***Não restam dúvidas de que a adoção da política de prevenção na Administração Pública, de um modo geral, traria imensuráveis proveitos.***

acima mencionado a existência concomitante de aspectos preventivos e repressivos, a serem aplicados por meio das atividades correccionais.

De acordo com informações publicadas na obra “Controle interno, prevenção e combate a corrupção – Ações da CGU em 2008<sup>13</sup>”, nos últimos seis anos, no âmbito do Poder Executivo Federal, foram instaurados mais de 25 mil sindicâncias e processos administrativos disciplinares, o que gerou a aplicação de 1.969 punições administrativas expulsivas de servidores civis, dentre elas 1.705 demissões, 143 destituições e 121 cassações de aposentadoria. No ano de 2008, as principais motivações que embasaram punições expulsivas foram os itens valimento do cargo (31,83%) e improbidade administrativa (16,46%).

Diante do enfoque dado ao trabalho desempenhado pelo órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, percebe-se que naquela época havia uma forte tendência a valorizar o caráter repressivo em detrimento do preventivo. Sente-se muito forte a ideia de que o objetivo precípua da atividade correccional é combater a impunidade, por meio de medidas eminentemente disciplinares. De fato, essa ideia é um dos aspectos relevantes da atuação correccional, porém não pode ser considerada

como único meio para atingir a finalidade maior do poder correccional, que é evitar a ocorrência da falta disciplinar, por meio da correção da conduta.

Atualmente, a CGU, como órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, vem apresentando uma nova postura para o desenvolvimento do caráter preventivo no âmbito correccional. No ano de 2007, foi lançado o Sistema de Gestão de Processos Disciplinares – CGU-PAD, ferramenta importante na consecução do ideal preventivo. Trata-se de um software que visa armazenar e disponibilizar, de forma rápida e segura, as informações sobre os processos disciplinares instaurados no âmbito dos órgãos e entidades que compõem o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.

Busca-se, além de outras finalidades, o desenvolvimento de indicadores para estabelecimento e monitoramento de políticas de prevenção e repressão à corrupção, a identificação de pontos críticos e construção de mapas de risco, e o aprofundamento da análise das causas das situações mais graves. A médio e longo prazo, será possível, por meio da manipulação das informações fornecidas pelo sistema, desenvolver estratégias e medidas preventivas que atingirão incisivamente os pontos mais críticos e propensos às ocorrências de faltas disciplinares.

Com a finalidade de definir ações estratégicas a serem executadas no triênio 2009-2011, a Corregedoria-Geral da União (CRG) promoveu amplo processo de discussão, envolvendo seu corpo técnico e diretivo, que culminou com a elaboração do “Desdobramento do

Plano de Integridade Institucional, Controle dos Recursos Públicos e Prevenção da Corrupção no âmbito da Corregedoria-Geral da União - DPII-CRG". A produção e implementação desse plano também comporta a adoção de medidas preventivas no âmbito da Corregedoria-Geral.

Inicia-se, assim, uma nova visão em relação à efetivação do poder correccional, permitindo-se uma releitura desse poder à luz do Estado Democrático de Direito.

### **2.3. Corregedoria: órgão disciplinar ou correccional?**

O exercício da função correcedora é dotado de certa peculiaridade. Em razão do forte apelo repressivo que carrega, pode parecer incômodo para quem o exerce, como também para aqueles sobre os quais é exercido. Constata-se que o desenvolvimento de atividades correccionais causa certa tensão e até temor em muitos servidores, que veem, na Corregedoria, um órgão disciplinador, ditatorial e punitivo<sup>14</sup>.

Tal viés, no entanto, não corresponde à realidade do que devam ser os órgãos correccionais. A atividade correccional não é instrumento para intimidar os servidores públicos, mas para aperfeiçoar o serviço. É certo que o componente cultural contribuiu sobremaneira para a difusão dessa visão. Diversas medidas devem ser tomadas para desmistificar a imagem do Poder Correccional, como também para que se concretize, de fato, o aspecto preventivo, orientador e pedagógico. O Estado Democrático de Direito exige uma nova atuação desse setor, permitindo uma maior inclusão

dos próprios servidores na formação de uma consciência participativa, visando à excelência na realização do serviço público.

Essa consciência participativa deve ser fomentada pelo total envolvimento das chefias, as quais assumem o papel mais relevante nesse processo de evolução e consolidação de um novo paradigma no âmbito do Poder Correccional brasileiro. Nesse sentido, entende-se que, para a plena realização do poder correccional, a Administração deve desenvolver ações que alcancem as duas faces desse poder, dando atenção à repressão, mas sem deixar de lado as ações preventivas.

O desenvolvimento de ações nessas duas vertentes pode contribuir de forma satisfatória para a contínua efetivação do princípio da eficiência, bem como para o desenvolvimento de ações planejadas e transparentes, que permitirão intensificar o caminho para a concretização do princípio da boa Administração Pública. Com essa nova perspectiva, acredita-se que as Corregedorias podem exercer papel proativo, voltado à orientação e fiscalização dos servidores, em nome de um objetivo maior traçado para aperfeiçoar a atuação da Administração Pública, de uma forma mais institucionalizada e democrática. Constitui-se, assim, ferramenta útil e relevante para sinalizar carências e necessidades que deverão ser apontadas e supridas pela Administração.

As correcedorias possuem em suas mãos um grande aliado na atuação preventiva. Trata-se do instituto da inspeção, procedimento que permite aos órgãos correccionais conhecer a realidade

de das unidades inspecionadas e, a partir daí, fazer recomendações que visem à melhoria dos serviços e da atuação dos servidores.

A inspeção não deve ser considerada como um mero instrumento para controle de processos administrativos disciplinares, e sim como uma forte ferramenta para a melhoria da gestão pública. Com a devida atenção ao aspecto preventivo, as corregedorias serão capazes de participar ativamente, e mesmo de promover, dentro de suas atribuições, os mecanismos de modernização da gestão pública e de promoção da participação dos envolvidos, concorrendo efetivamente para o esforço comum de manutenção e elevação dos princípios da administração democrática.

Outra ferramenta que tem contribuído com a atuação preventiva no âmbito das corregedorias é a figura do Termo Circunstanciado Administrativo – TCA. Por meio da Instrução Normativa nº 04, publicada no Diário Oficial da União de 18 de fevereiro de 2009, a Controladoria-Geral da União estabeleceu norma instituindo tal procedimento, que permite a simplificação do processo para apuração dos casos de pequenos danos ou extravios em repartições públicas, evitando procedimento apuratório de custo desproporcional ao dano causado.

Medidas como essas demonstram o trabalho que vem sendo desenvolvido para que as corregedorias se tornem, de fato, órgãos correcionais, e não apenas órgãos disciplinares. Toda a Administração Pública precisa atingir esse grau de entendimento do papel das corregedorias. Além dessa cons-

cientização da Administração, é preciso alcançar diretamente o ponto central da questão correcional, qual seja o envolvimento e a participação do servidor público.

A corroborar esse pensamento inovador que surge no âmbito da seara correcional, destaca-se, como exemplo concreto da hipótese de trabalho, a iniciativa do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, que, atuando de forma preventiva, busca fortalecer o comportamento ético, fomentando a discussão e a participação dos seus servidores, para que assumam uma nova postura perante a instituição. Tal inovação se expressa pela implementação, em âmbito nacional, do projeto “Corregedoria Participativa”, que veio aproximar a Corregedoria das atividades desenvolvidas pelos servidores, incitando-os a reconhecer o papel de cada agente na formação de uma instituição forte, capaz de servir com excelência toda a sociedade.

#### **2.4. O exemplo da experiência da Polícia Rodoviária Federal: o projeto “Corregedoria Participativa”**

Em reflexo à realidade apontada pela ineficiência do modelo correcional adotado ainda hoje pelo Estado brasileiro, surgiu, no âmbito do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, o anseio pela reversão do quadro desfavorável, principalmente no que toca ao excesso de procedimentos administrativos disciplinares, muitos dos quais resultados do desenho ultrapassado empregado pela gestão pública. Tal volume de processos, obviamente, emperra a máquina administrativa, no sentido de que envol-



ve um número exorbitante de servidores em composição de comissões, não obstante a ínfima expressão de resultados que se revela à Administração Pública, relativamente à não reprodução dos ilícitos administrativos, como também ligados à recuperação do prejuízo imputado à sociedade, fruto da infração disciplinar.

O apetite pela maximização dos resultados fez aflorar, no seio da Corregedoria-Geral do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, a necessidade de se implementar um mecanismo de transformação que pudesse impactar substancialmente na gestão das atividades exercidas pela Instituição, de forma a conscientizar os servidores, incitando-os a assumirem uma postura proativa diante dos desafios assumidos pela nobre missão constitucional.

De fato, a aplicação de penalidades gravosas, ao longo dos anos, não produziu efeitos suficientes capazes de inibir os desvios de conduta por parte dos servidores do Departamento. O crescente número de representações e denúncias dirigidas às autoridades do órgão, em contraposição às ações de combate à corrupção e práticas ilícitas, fortaleceu a ideia de inversão dos conceitos do poder repressivo e correcional, trazendo à tona o pensamento de que cada servidor representa um corregedor – mas não um mero processualista, formalista, e sim um agente transformador, um Corregedor Participativo.

Dessa forma, buscou-se fortalecer as ações preventivas, intensificando os trabalhos educativos junto aos servidores, conferindo à atividade correcional uma feição mais pedagógica e proativa.

Sabe-se que a imagem atribuída à seara correcional se apresenta carregada pelo peso do caráter punitivo e é muitas vezes repudiada pela maioria. Percebeu-se, assim, a urgente necessidade de se desmistificar a função designada à Corregedoria, afastando-a do caráter meramente punitivo e realçando-a como parte sensivelmente relevante na gerência da administração, sobretudo quanto aos processos decisórios, haja vista seu compromisso com a busca pela ética e pelos bons serviços prestados na esfera pública.

A concretização desse ideal de aproximação do servidor a essa nova visão significou a inteira mudança do foco das ações até então desenvolvidas e se refletiu inicialmente na elaboração e realização de ciclos de palestras gerais e específicas dirigidas ao público interno. Aos servidores foram apresentados diversos temas sobre motivação e conscientização quanto à conduta ética no desempenho do cargo público e deveres impostos pela legislação e pelos regulamentos, objetivando fomentar sempre a busca pela excelência nos serviços prestados à sociedade.

O Projeto Corregedoria Participativa firmou, em âmbito nacional, um novo feito, fomentando uma reação às formas arraigadas de se enxergar o Poder Disciplinar, e trouxe consigo uma visão revolucionária, capaz de atingir in loco as causas das distorções calçadas por práticas de atos irregulares.

Dentre as importantes evoluções guiadas pelo Projeto, destaca-se a criação de uma ferramenta originada para, de fato, convocar as chefias imediatas a exercerem seus papéis de líderes.



Nasceu, assim, o Acompanhamento Gerencial de Serviço (AGS), que inovou quanto ao grau de participação e envolvimento dos administradores e, principalmente, quanto à obrigatoriedade de aplicação de bom senso em situações cotidianas, evitando encaminhar questões simples para a Corregedoria, ajustando as condutas aos preceitos da eficiência e legalidade.

O AGS objetiva enfatizar que a ineficiência no serviço público e os decorrentes desvios de condutas passam, obrigatoriamente, pelo horizonte das chefias e que cabe aos gestores exercerem sua função primordial de acompanhar, valorar e tomar medidas que efetivem a correção de questões pontuais que inviabilizam o bom desempenho dos serviços prestados.

A aplicação da ferramenta em questão mostra-se importante também no que diz respeito à identificação das carências e deficiências que assolam o ambiente do serviço público, em razão de que o contato direto do servidor, que atua cotidianamente na atividade finalística do órgão, com as reais necessidades laborais permite uma melhor averiguação das condições de trabalho e, principalmente, uma avaliação da eficiência no oferecimento de serviços à comunidade.

Partindo-se do princípio de que o cargo público incorpora um conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, não há que se discutir quanto à necessidade de acompanhamento da realização dessas atividades, tendo em vista que inúmeras são as circunstâncias com que a todo instante lidam os agentes públicos e que

os conduzem ao estreito liame entre a conduta ilícita, contrária ao ordenamento jurídico, e a regular prática dos atos administrativos. Assim, torna-se primordial o incentivo à participação da Administração no gerenciamento do serviço e no controle dos atos. Não se pode permitir que, em pleno fulgor dos preceitos da Administração Pública Gerencial, o poder público aguarde a ocorrência dos fatos irregulares e ilegais para, então, agir repressivamente, punindo os servidores.

O AGS exige o integral envolvimento das chefias imediatas e revela o ponto de partida para o exercício da prevenção de irregularidades administrativas, como também da revisão de procedimentos pouco eficazes. Com sua implantação, a Corregedoria do Departamento de Polícia Rodoviária Federal passou a atuar subsidiariamente, deixando de absorver todo impacto da função corretiva, a qual se tem mostrado impotente diante do incessante número de ocorrências de desvios de conduta. As chefias assumiram um papel muito mais participativo, principalmente no que toca à valoração de fatos irregulares e suas consequências e à necessidade de adoção de medidas que impeçam a repetição de suas ocorrências.

Observa-se que, no Departamento de Polícia Rodoviária Federal, as transformações propostas pelo Projeto “Corregedoria Participativa”, por intermédio do Acompanhamento Gerencial do Serviço, focalizam a missão preventiva do Poder Disciplinar, em contrapeso à natureza repressiva da Corregedoria, desagregando de si a distorcida imagem de instrumento de pressão e assu-

mindando a função de instrumento de controle, apoio e gerenciamento.

Dessa forma, o exemplo da Polícia Rodoviária Federal indica que é plenamente possível se utilizar de medidas dessa natureza para diminuir a ocorrência de infrações disciplinares, inclusive as ligadas à corrupção, e, ainda mais, de fomentar a constituição de sujeitos democráticos, chamando-os a participar da disseminação dos valores pregados pela nova ordem constitucional.

## Conclusão

Conceber a ideia democrática de poder correccional como categoria distinta da ideia de poder disciplinar é o primeiro passo para se superar a concepção vigente de correição, ainda marcada essencialmente pelo uso repressivo do poder sancionador, como possível resquício negativo de um modelo de Estado Social. Enquanto o poder sancionador, devido a sua natureza punitiva, age sempre após o dano, o poder correccional, de natureza preventiva e pedagógica, aponta para o cuidado com a coisa pública. Tais considerações afetam as políticas públicas de controle da Administração, cuja realização constitui objetivo fundamental da Constituição da República, como decorrência da cláusula do Estado Democrático de Direito.

No Brasil, a legislação tem seguido as tendências internacionais de controle da administração, inclusive com rela-

ção ao combate à corrupção. Ao mesmo tempo, no âmbito federal, está se criando uma estrutura adequada para tanto, em que a Controladoria-Geral da União (CGU) ocupa o centro desse sistema. A partir do momento em que a área correccional operar a passagem de um modelo extremamente hierarquizado para um modelo aberto à participação de todos, com o fim de se antecipar à ocorrência de danos ao interesse público, estar-se-á aproximando dos ideais desse novo paradigma de Estado. Assim, a atividade correccional representará, de fato, um instrumento de aperfeiçoamento do serviço.

O projeto “Corregedoria Participativa” da Polícia Rodoviária Federal tem conseguido realizar satisfatoriamente essa mudança de concepção, com enfoque na ideia de prevenção e na nova relação constituída entre seus agentes. A universalização dessa experiência pode ser o início para a implementação de uma nova visão do sistema correccional da Administração Pública Federal, como princípio de um processo de superação do modelo repressivo pelo modelo preventivo, condição para que o Poder Correccional possa disseminar a cultura da gestão da liberdade com responsabilidade no Estado brasileiro. Desse modo, o espaço público estatal de direito pode se afirmar também como o espaço público democrático, no qual os atores do sistema serão interpelados a assumirem sua condição de sujeitos pedagógicos na proteção da coisa pública.

## Referências Bibliográficas

- (1) PESSOA, Robertônio Santos. *Neoconstitucionalismo, política e administração pública - dilemas a serem enfrentados*. In: **Revista Interesse Público**, Ano 8, nº 39. Porto Alegre: Notadez - set/out - 2006, p. 43-53.
- (2) SCORSIM, Ericson Meister. *O processo de evolução do estado, da administração e do direito administrativo*. In: **Revista Interesse Público**, Ano 9, nº 42, Porto Alegre: Notadez, 2007, p. 129.
- (3) THEODORO FILHO, Wilson Roberto. *A crise da modernidade e o Estado Democrático de Direito*. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano nº 42, n. 165, Brasília, jan./mar. 2005, p. 235. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: [http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ Pdf/pdf\\_165/R165-20.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/ Pdf/pdf_165/R165-20.pdf) (Consultado em 04.03.2009).
- (4) PESSOA, Robertônio Santos. op. cit., p. 48.
- (5) MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 117.
- (6) HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. In: **Revista de Direito Administrativo** (Seleção Histórica). Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 17.
- (7) GANZENMÜLLER, Cristine Köhler; BALSANELLI, Kleber Alexandre. *O direito administrativo disciplinar como instrumento de combate à corrupção*. In: **Revista da CGU**, Ano II, nº 2, outubro/2007, p. 27.
- (8) BRASIL, Luciano de Farias. **O direito administrativo disciplinar no âmbito do**
- Ministério Público: contributo à compreensão crítica de seus institutos e conceitos**. MPDFT. [on line]. Disponível na Internet via WWW. URL: [http://www.mpdft.gov.br/joomla/pdf/unidades/corregedoria\\_geral/Doutrina/ Direito Administrativo Disciplinar no ambito\\_MP.pdf](http://www.mpdft.gov.br/joomla/pdf/unidades/corregedoria_geral/Doutrina/ Direito Administrativo Disciplinar no ambito_MP.pdf)(Consultado em 19.05.2009).
- (9) MEDAUAR, Odete. op. cit., p. 117.
- (10) HAGE, Jorge. *É possível evitar a corrupção?* In: **Revista da CGU**, Presidência da República, Controladoria-Geral da União. – Ano 1, n 1, 2006. Brasília: CGU, 2006, p. 9.
- (11) SEABRA, Sérgio Nogueira. *Gerenciamento de riscos em organizações públicas: uma prática efetiva para controle preventivo e melhoria dos gastos públicos no Brasil?* In: **Revista da CGU**, Ano II, nº 3, dezembro/2007, p. 43.
- (12) SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais*. In: **Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte, Fórum:, 2004, p. 54-55.
- (13) CGU. **Controle interno, prevenção e combate a corrupção – Ações da CGU em 2008**. [on line] Disponível na Internet via WWW. URL: [http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/BalancoAcoes\\_2008/Arquivos/balanco\\_2008\\_portugues.pdf](http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/BalancoAcoes_2008/Arquivos/balanco_2008_portugues.pdf) (Consultado em 22.06.2009).
- (14) GIBOSKI, Tarcísio Alberto. *Função correitora nos tribunais*. In: **Revista do TST**, Brasília, vol. 67, nº 2, abr/jun., 2001, p.108.

# Limites do controle judicial de proporcionalidade das sanções disciplinares aplicadas aos servidores públicos federais regidos pela Lei nº 8112/92

**André Luís Schulz**, Advogado, Especialista em Direito Disciplinar na Administração Pública pela UnB. Analista de Finanças e Controle da CGU-PR, Corregedoria Setorial do Ministério do Trabalho e Emprego, Corregedoria-Geral da União.

## Introdução

Diante do atual modelo de Estado de Direito brasileiro, não há quem duvide da sujeição dos atos administrativos disciplinares ao crivo do Poder Judiciário. A grande pergunta é qual o limite desse controle. De acordo com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não será excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito.

A problemática surge quando o Poder Judiciário reconhece sua incompetência para atuar no controle de mérito do ato disciplinar, mas mesmo assim se imiscui nas decisões disciplinares, sob a alegação de estar controlando apenas a legalidade do ato. Para

tal, utiliza-se do princípio da proporcionalidade, previsto no art. 2º da Lei no 9.784/99. Todavia, por vezes, extrapola essas questões de legalidade e passa, na verdade, a analisar indiscriminadamente todos os procedimentos disciplinares, inclusive alterando a sanção imposta pela Administração. Dessa forma, o Poder Judiciário anula a penalidade disciplinar desproporcional e determina a aplicação de uma penalidade “menos severa”, substituindo o julgamento realizado pela Administração Pública.

Pretende-se, com este artigo, investigar o campo de revisão das sanções disciplinares pelo controle jurisdicional de proporcionalidade, de forma que não implique uma invasão da esfera de competência da Administração Pública pelo Poder Judiciário.

## 1. Controle jurisdicional da Administração Pública no Estado Democrático de Direito

Sabe-se que a Constituição Federal brasileira é a norma suprema e incontestável em um Estado Democrático de Direito. Sua supremacia e rigidez são pressupostos da legitimidade estatal que possibilitam ao Poder Judiciário, na qualidade de guardião da ordem jurídica, exercer o controle dos atos administrativos praticados no exercício da atividade pública (BONAVIDES, 2009, p. 301).

### 1.1. Separação dos Poderes

A Carta Magna, com o propósito de garantir o equilíbrio, a independência e a harmonia entre os poderes da República (Judiciário, Executivo e Legislativo), formou um sistema de controle e fiscalização mútuo, evitando-se, com isso, a supremacia de um poder sobre o outro (sistema de freios e contrapesos). Em outras palavras, esse sistema faz com que se limite o poder pelo próprio poder, assegurando a convivência harmônica entre eles, conforme estabelece o art. 2º da Carta Magna (MORAES, 2006, p. 481).

Nesse aspecto é que surge o tema da possibilidade do controle jurisdicional sobre os atos administrativos disciplinares, exurgindo não como uma exceção ao princípio da separação dos poderes – na medida em que permitiria a ingerência de um poder sobre o outro –, mas como importante instrumento a tornar efetivo todo o arcabouço de garantias contempladas pela Constituição Federal, especialmente considerando o atual panorama identificado pela alte-

ração nas relações do Estado com o cidadão, em que o perfil da Administração Pública restou cristalizado em princípios constitucionais definidores do seu regime jurídico.

### 1.2. Aspectos do controle jurisdicional

A expressão controle jurisdicional da Administração Pública abrange a apreciação efetuada pelo Poder Judiciário sobre atos, processos e contratos administrativos, atividades ou operações materiais e mesmo a omissão ou inércia da administração (MEIRELLES, 2006, 702).

O controle jurisdicional é um controle externo, feito a posteriori, podendo ser repressivo ou corretivo. Assim, como nos demais procedimentos formais existentes no Poder Judiciário, este correrá com observância dos princípios do devido processo legal, juiz natural, contraditório, ampla defesa, proporcionalidade, razoabilidade, entre outros (MEDAUAR, 2009, 403).

O sistema de jurisdição una, adotado pelo Brasil, é aquele no qual a Administração Pública se submete a uma jurisdição comum. Seu fundamento no direito brasileiro, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, reside na previsão constitucional contida no artigo 5º, inciso XXXV, em que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (DI PIETRO, 2006, p. 712).

Em um Estado Democrático de Direito, em que todos estão sob o manto da lei, não é concebível que haja total liberdade para que o administrador público pratique ato discricionário, sem

quaisquer limites no que diz respeito ao seu mérito, ainda mais quando se encontra em total dissonância com a norma constitucional.

## **2. Processo administrativo disciplinar pela Lei Nº 8112/90**

A atual Constituição Federal determina que o processo administrativo disciplinar seja um instituto do contencioso administrativo de mero procedimento de controle interno da administração, extinguindo-se a necessidade de sua existência prévia para ingresso em juízo, visando eliminar os abusos por vezes ocorrentes nos órgãos administrativos (CARVALHO FILHO, 2006, p. 811).

### **2.1. Processo Administrativo Disciplinar por falta funcional**

O processo administrativo disciplinar é espécie do gênero processo administrativo e busca apurar, particularmente, os desvios funcionais que venham a ser praticados pelos agentes públicos ou pelos particulares que estejam submetidos ao regime jurídico administrativo.

Para a aplicação da sanção, torna-se necessária a instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar, conforme preceitua o art. 143 da Lei nº 8.112/90. A sindicância corresponde ao procedimento pelo qual se apura a responsabilidade do servidor identificado, por falta leve, podendo resultar em sanção de advertência ou suspensão de até 30 dias (CRETELLA JÚNIOR, 2008, p. 64-65).

Por sua vez, o processo administrativo disciplinar consiste no conjunto or-

denado de formalidades a que a Administração submete o servidor público faltoso que cometeu falta grave não comportada em sede de procedimento sindicante (CRETELLA JÚNIOR, 2008, p. 65).

Assim, tanto a sindicância como o processo administrativo disciplinar são instrumentos utilizados para viabilizar aplicação de sanções disciplinares no âmbito da Administração Pública.

### **2.2. Sanções disciplinares aplicáveis aos servidores públicos federais**

Para a aplicação de quaisquer penalidades disciplinares, deve ser instaurado processo de sindicância ou processo administrativo disciplinar, em que serão assegurados ao servidor acusado os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Registre-se que o poder disciplinar, no que se refere à escolha da penalidade, em regra é vinculado, mas apresenta determinada dose de discricionariedade. A margem de discricionariedade na aplicação das sanções disciplinares é mínima e somente se verifica em algumas hipóteses relacionadas à penalidade de suspensão (FURTADO, 2007, p. 988).

Em regra, são vinculadas as sanções disciplinares dotadas de elevado teor de restrição que impõem punições mais severas, tais como demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade (COSTA, 2002, p. 47-48).

Embora as infrações disciplinares possam ser descritas de maneira mais aberta, não tão tipificadas como as pe-

nais, não se furtando o administrador, em sua aplicação, de motivá-las adequadamente dentro do aspecto da legalidade, haja vista a égide do Estado Democrático de Direito.

Registre-se que os atos referentes ao arquivamento de procedimentos disciplinares, à imposição de penas e à absolvição devem ser motivados, isto é, a autoridade competente deve explicitar as razões de fato e de direito que levaram à decisão, com base nos elementos dos autos. Por isso a motivação da penalidade é de fundamental importância na garantia da ampla defesa e do contraditório, uma vez que permite o combate às situações de arbitrariedades.

Esse pensamento está em consonância com o disposto no parágrafo único do art. 128 da Lei no 8.112/90, que dispõe: “O ato de imposição de penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar”.

### 3. Controle principiológico

Os princípios são alicerces da ciência, causa ou base do ordenamento jurídico, apresentando suma importância para o Direito Administrativo na garantia do equilíbrio da bipolaridade liberdade do indivíduo e autoridade da Administração.

O domínio do direito no Estado Democrático é composto não apenas de regras, mas também de princípios jurídicos, conforme destaca Ronald Dworkin. O princípio, muito embora continue a existir no ordenamento jurídico, pode não prevalecer diante de de-

*O princípio da proporcionalidade parte do pressuposto de que os atos praticados pelo Poder Público não podem ser desprovidos de uma finalidade, constituindo ferramenta substancial para o controle do arbítrio estatal.*

terminadas condições (DWORKIN, 2002, p. 20-22).

#### 3.1. Princípio da Proporcionalidade

A definição e o modo de aplicação do princípio da proporcionalidade ainda não são consenso na doutrina e nem na jurisprudência. Buscou-se derivá-lo da garantia da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais e do Estado de Direito. Consoante magistério de Paulo Bonavides, a sede material do princípio da proporcionalidade, defendida por diversos autores, é a que o aloja no Estado Democrático de Direito, dando-lhe, assim, sua mais plausível e fundamental legitimação (BONAVIDES, 2009, p. 398-400).

Nesse sentido, o princípio em exame também cumpre a relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, por meio de juízos comparativos de ponderação no caso concreto.



O critério de proporcionalidade transformou-se em regra jurídica, por força da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei no 9.784, de 29.01.1999), que, em seu art. 2o, parágrafo único, inciso VI, adquiriu indiscutível densidade normativa no direito brasileiro, conforme transcrição abaixo:

“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, dentre 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.”

O Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (Lei no 8.112, de 11.12.1990) estipula, no seu artigo 128, que, na aplicação da sanção disciplinar, deve a autoridade competente levar em conta que “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”.

Depreende-se que o princípio da proporcionalidade parte do pressuposto de que os atos praticados pelo Poder Público não podem ser desprovidos de uma finalidade, constituindo ferramenta substancial para o controle do arbítrio estatal. Mesmo não existindo expressa disposição constitucional, a Lei Maior alberga esse princípio de forma implícita.

### 3.2. Subprincípios da proporcionalidade

Entende-se aqui que o princípio da proporcionalidade tem tanto assento legal quanto constitucional, o que significa dizer que o equacionamento dosimétrico dele decorrente se dirige ao legislador, ao administrador e ao intérprete do direito, com o fim de orientá-los para que não sejam arbitrários e carecedores de racionalidade. A proporcionalidade, tanto em nível constitucional quanto legal, assenta as suas fundamentais pilas em três subprincípios, a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (BARROS, 2003, p. 77).

O subprincípio da adequação determina que se averigue, no caso concreto, se a decisão restritiva (meio) do direito fundamental viabiliza o alcance da finalidade almejada. Trata-se de inquirir se a medida é apta, útil e apropriada para atingir a finalidade perseguida. Suzana de Toledo Barros levanta o seguinte questionamento, para verificar se a medida é adequada: “O meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?” (BARROS, 2003, p. 78).

No subprincípio da necessidade, deve ser verificado se a medida restritiva é indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e se não pode ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa (BARROS, 2003, p. 81-82).

A proporcionalidade em sentido estrito, complementando os subprincípios da adequação e da necessidade, exige



uma reciprocidade razoável entre a relação meio-fim. Em outros termos, para se alcançar o fim perquirido, devem-se sopesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins (BARROS, 2003, p. 86-87).

Dessa forma, a decisão da autoridade administrativa estará condicionada aos subprincípios dispostos, sendo considerada proporcional uma sanção aplicada que apresente um caráter pedagógico e, ao mesmo tempo, contribua para a eficiência do serviço público, cujo escopo é o interesse público.

### **3.3. Princípio da proporcionalidade como hipótese de controle**

O Poder Judiciário, em passado recente, quando suscitado a se manifestar sobre matéria disciplinar, não aplicava o princípio da proporcionalidade de forma adequada. E esse posicionamento ocorria mesmo diante da supremacia do dispositivo legal que impõe à Administração Pública o dever de obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (art. 2º da Lei no 9.784/99). Mas, ao argumento de que essa conformidade constitui matéria de mérito, deixavam os juízes de considerar o princípio da proporcionalidade como sendo um dos componentes da legalidade do ato disciplinar (COSTA, 2002, p. 570-572).

Na aplicação das sanções disciplinares decorrentes de processo administrativo disciplinar, além de adequar proporcionalmente os meios que utiliza para alcançar os fins desejados pela lei na aplicação das medidas punitivas, não pode deixar de observar a vida funcional

do servidor processado, a natureza, a gravidade da infração, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes. Ignorar tudo isso é aplicar graves e injustas sanções ao servidor acusado em processo administrativo disciplinar, com evidências e provas a seu favor, e atenta contra as elevadas finalidades do processo administrativo, que não se compadece com punições desproporcionais, descabidas e injustas (COSTA, 2002, p. 72-77).

Atualmente, o Poder Judiciário vai aos poucos confirmando o real alcance de controle do ato disciplinar, cotejando-o com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, traçando contornos quanto à influência das provas na decisão final, quanto à repercussão dos antecedentes funcionais do acusado para fins de agravamento ou mitigação da pena, bem como quanto ao prejuízo ocasionado à Administração Pública (art. 128, da Lei no 8.112/90).

Enfim, ganha espaço a interpretação jurídica de que, em sede de procedimento disciplinar, não há mais preponderância da discricionariedade absoluta do ato, quando em voga a aplicação da penalidade disciplinar, conforme recente posicionamento do STJ sobre o assunto, por meio do MS 13.518/DF:

“[...] Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, típicas do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual

arbitrio, não se limitando, portanto, somente a aspectos formais” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008).

No âmbito do processo administrativo disciplinar, a proporcionalidade em sentido estrito deve ser motivadamente observada como condição de legitimidade sobretudo das sanções máximas aplicáveis (demissão, destituição e cassação de aposentadoria), em razão do cometimento de faltas funcionais tipificadas na Lei no 8.112/90.

A aplicação da sanção disciplinar não pode escapar à exigência de proporcionalidade, tendo em conta que deve haver congruência entre a indicição e o fundamento da punição aplicada, que se verifica a partir dos fatos imputados, e não de sua capitulação legal.

#### **4. Atuação substitutiva do Poder Judiciário no controle de proporcionalidade da sanção disciplinar**

Serão de logo apresentados os principais argumentos sustentados por aqueles que admitem a atuação substitutiva do Poder Judiciário no controle de proporcionalidade das sanções disciplinares para, em seguida, discorrer-se a respeito das razões que norteiam a corrente que não a admite.

##### **4.1. Dos argumentos favoráveis à atuação substitutiva do Poder Judiciário**

Uma vez constatado vício material no ato sancionador, o Poder Judiciário, ao verificar que a sanção disciplinar é desproporcional, deverá anulá-la, subs-

tituindo-a por outra que entender mais adequada, determinando que a Administração Pública aplique a penalidade definida. O argumento de que o princípio da separação dos poderes comprometeria tal constatação não se sustenta, pois a justificativa estaria respaldada no fato de não se estar diante de um ato discricionário, mas sim de ato vinculado, inexistindo, portanto, qualquer limitação à incursão do Poder Judiciário no âmbito do controle de legalidade das sanções disciplinares (PEREIRA, 2007, p. 148-149).

Algumas decisões corroboram esse entendimento. Uma delas foi prolatada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível no 2001.84.00.003792-3, in verbis:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. PROCURADOR DO IBAMA. DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE. REVERSÃO PARA PENA DE SUSPENSÃO. POSSIBILIDADE [...] Possibilidade de reversão da pena de demissão em suspensão pelo prazo de 60 (sessenta) dias, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 2007).

O Superior Tribunal de Justiça, no processo no 1998/0080437-4, por meio do RMS 10316/SP, também determinou a substituição da pena de demissão pela de suspensão, conforme transcrição abaixo:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INTERRUÇÃO. CORREIÇÃO ORDINÁRIA. INQUÉRITO DISCIPLINAR INSTAURAÇÃO. AUTORIDADE ADMINISTRATIVA.

VINCULAÇÃO. PORTARIA DE ENQUADRAMENTO. PENA SUGERIDA PELA COMISSÃO. [...] A substituição da pena disciplinar de demissão pela de suspensão é um direito subjetivo do indiciado, desde que presentes os requisitos subjetivos exigidos na dosimetria da aplicação das penalidades. Reconhecida pela comissão processante e reafirmado pela assessoria jurídica da autoridade administrativa a presença das circunstâncias atenuantes, frente aos bons antecedentes da indiciada e à ausência de prejuízo para o erário, deve ser assegurado o benefício de pena mais branda. Recurso ordinário provido. Segurança concedida (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2000).

Nessa esteira, Beltrán de Felipe, quanto à possibilidade de substituição, pelo juiz, da pena imposta pelo administrador, assevera que a intensidade do controle dos atos administrativos é diretamente proporcional à densidade jurídica de sua regulação. Destarte, sempre que o ordenamento dotar o juiz de todos os critérios suficientes à integração do conteúdo do pronunciamento judicial, far-se-á possível a substituição, por este, das decisões administrativas anuladas. Poderá, pois, o juiz ordenar, na sentença, que a administração pratique determinado ato (BELTRÁN DE FELIPE, 1995, p. 202).

Flávio Henrique Unes Pereira compartilha do mesmo pensamento ao afirmar que “de todo modo, constata-se que é dever da Administração Pública impor a sanção disciplinar adequada, vez que não remanesce qualquer juízo de conveniência ou oportunidade quanto à matéria. Por conseguinte, o Judiciário, ao verificar que houve ilegali-

dade em tal imposição, deverá, além de anular o ato, especificar qual a penalidade adequada para o caso concreto e determinar que a administração a imponha” (PEREIRA, 2007, p. 145).

Em síntese, essa corrente entende que o Poder Judiciário, quando reconhecer a existência de desproporção na sanção disciplinar, ao anulá-la, deverá substituí-la por outra que entender mais adequada e determinar que a Administração aplique o respectivo ato sancionatório, sem que isso afronte o princípio da separação dos poderes.

#### **4.2. Dos argumentos contrários à atuação substitutiva do Poder Judiciário**

Outra corrente entende que não seria permitido ao Poder Judiciário, ao sindicarem um juízo de proporcionalidade, realizar a substituição da reprimenda disciplinar imposta, caso conclua pela existência de excesso, ou determinar que a Administração Pública aplique uma pena “menos severa” (COSTA, 2002, p. 105).

Parte da doutrina e da jurisprudência reconhece que cabe ao Poder Judiciário, nos casos em que houver desproporção entre a medida aplicada pela administração e aquela prevista na Lei no 8.112/90, apenas declarar a nulidade do ato questionado. Mesmo que a título de vedação ao arbítrio, a possibilidade normativa de variação do grau da sanção objeto da conversão impede essa forma de controle judicial, sob pena de quebra do princípio da separação dos poderes (COSTA, 2002, p. 76-77).

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, mediante decisão proferida na Apelação Cível nº 270867/PB, determinou a anulação da demissão, por entender que houve afronta ao princípio da proporcionalidade, *in verbis*:

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. ATO DISCRICIONÁRIO. PUNIÇÃO EXCESSIVA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ANULAÇÃO DO ATO DE DEMISSÃO. POSSIBILIDADE.** [...] Verificada a existência de desproporção na aplicação da pena disciplinar, deve ser declarada sua invalidade, já que se trata de ato nulo [...] (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 2004).

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o Mandado de Segurança no 10.828/DF, também anulou a sanção disciplinar de demissão, por entender que a punição administrativa não estava pautada no princípio da proporcionalidade, ante a insignificância da conduta do agente, conforme transcrição abaixo:

**EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. NULIDADES DE ORDEM FORMAL AFASTADAS. DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. OCORRÊNCIA. PRECEDENTE ESPECÍFICO** [...] 6. A punição administrativa há de se nortear, porém, segundo o princípio da proporcionalidade, não se ajustando à espécie a pena de demissão, ante a insignificância da conduta do agente, consideradas as peculiaridades verificadas [...] (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2006).

Uma abordagem restritiva do problema foi dada por Régis Fernandes de Oliveira, quando afirma que “ao Judiciário não é dado efetuar dosagem da pena administrativa. O enquadramento realizado pela autoridade administrativa ou é legal – e eventual pretensão desconstitutiva da sanção será recusada – ou é ilegal e, pois incumbe ao Judiciário anular o castigo imposto. Vedado lhe é reduzir o montante da sanção, porque estaria substituindo o critério administrativo pelo judicial e haveria infração ao disposto no art. 2º da CF. Se a sanção imposta pela Administração Pública extrapola os limites legais, ao Judiciário apenas é dado eliminar a lesão ao direito individual do particular. Não lhe é dado reduzir o gravame. Se a Administração Pública desobedece ao princípio da proporcionalidade, causa lesão ao particular, esta deve ser retirada do mundo jurídico” (OLIVEIRA, 2005, p. 96-97).

Fábio Medina Osório, após acolher a possibilidade de que o princípio da proporcionalidade possa restringir os atos administrativos, ressalta que o controle não pode traduzir arbítrio judicial, sublinhando que “ao judiciário compete respeitar os legítimos espaços de movimentação das autoridades administrativas e legislativas, que podem possuir limites mais amplos de atuação”. Com essa afirmação, torna-se claro que o autor admite apenas a invalidação das sanções disciplinares desproporcionais pelo Poder Judiciário (OSÓRIO, 2000, p. 84).

Resta claro, para essa corrente, que não constitui prática muito ortodoxa a intromissão judicial na seara da Administração Pública – possibilitan-

do ou determinando a tomada de providências nos procedimentos disciplinares da exclusiva alçada desta – , uma vez que o processo de uma instância não deve reger o de outra. Em sua legítima função de controle de legalidade, compete ao Poder Judiciário inferir se o ato emanado do poder público é legal ou ilegal, proporcional ou desproporcional.

### 4.3. Posicionamento sobre o Tema

Sustenta-se neste artigo que é possível o controle jurisdicional de proporcionalidade da sanção disciplinar nos casos em que houver excesso praticado pela Administração Pública.

Em consonância com o pensamento até aqui desenvolvido, considera-se inexistir discricionariedade na aplicação da sanção disciplinar, ressalvadas as situações relacionadas à gradação da penalidade de suspensão e a sua conversão em multa. O direito não admite que a uma mesma conduta sejam, indiferentemente, imputáveis uma ou outra das sanções previstas no mandamento legal, uma vez que a uma mensuração da gravidade do fato corresponde uma gradação da severidade de punição. A fixação do montante da sanção imputável depende da valoração que a autoridade julgadora tenha feito da gravidade da conduta.

Ao valorar esta, a fim de qualificá-la como subsumida à hipótese legal, o administrador leva em consideração os elementos que devem ser observados para a fixação da punição (gravidade, natureza, danos, antecedentes). Ao julgar desproporcional a punição imposta pela autoridade administrativa a determinado

servidor, manifesta-se o juiz pela ilegalidade de tal punição, por não obedecida a gradação estabelecida para a conduta à qual foi imposta, e, nesse caso, o ato disciplinar deverá ser anulado.

Nesse sentido, não cabe a atuação substitutiva do Poder Judiciário no controle de proporcionalidade da sanção disciplinar. Ao reconhecer a existência de desproporcionalidade da sanção disciplinar, o Poder Judiciário deverá apenas anular o ato sancionatório (portaria que aplicou a sanção disciplinar, e não todo o processo), sem prejuízo de que, em nova e regular decisão, a Administração Pública possa aplicar a penalidade adequada à infração administrativa, aproveitando-se os atos regularmente praticados no procedimento disciplinar e desde que ainda não tenha ocorrido a prescrição da aplicação da penalidade disciplinar.

O que o sistema jurídico veda, em razão do princípio da divisão dos poderes, é a mera substituição da reprimenda disciplinar imposta, operada por decisão judicial anulatória, por existência de desproporcionalidade ou determinação para que a Administração Pública aplique uma penalidade “menos severa”. Assim, é defeso ao Poder Judiciário, a pretexto de exercer o controle de legalidade do ato disciplinar, determinar que a Administração aja desta ou daquela maneira.

### Conclusão

Constatou-se que o processo administrativo disciplinar instaurado em face dos servidores públicos federais não está, assim como tantos outros atos es-

tatais, imune à defendida sindicabilidade jurisdicional, uma vez que é assegurado constitucionalmente a todos o direito de acesso à justiça, podendo o Poder Judiciário anular eventuais excessos praticados pela Administração, cometidos sob o pretexto de aplicar as sanções disciplinares.

Restou demonstrado que a existência de independência entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, a previsão de uma razoável tipificação das condutas na Lei nº 8.112/90, a necessidade de motivação dos atos disciplinares, a discussão de interesses individuais que merecem proteção do Estado, tudo leva à conclusão de que é cabível o controle jurisdicional de proporcionalidade da sanção disciplinar, pois há potencial lesividade a direitos fundamentais.

Ademais, a Administração Pública deve estrita obediência ao princípio da legalidade, em face de a Constituição Federal consagrar sua formação sob a forma de Estado Democrático de Direito. Assim, essas sanções, aplicadas com o intuito de sancionar os servidores públicos federais que cometem faltas funcionais, poderão ser revistas judicialmente nos casos em que a Administração Pública não se atenha aos princípios constitucionais e administrativos que

norteiam sua atividade, sobretudo o princípio da proporcionalidade.

Conquanto o princípio da proporcionalidade possa induzir a ideia dosimétrica entre falta e sanção, não significa que possa o Poder Judiciário, em sua incursão jurisdicional de legalidade, substituir a sanção imposta pela Administração Pública, nem determinar que esta aplique uma pena “menos severa”, sob pena de fulminar o princípio da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da Carta Magna.

Conclui-se que os seguintes limites deverão ser observados quando do controle jurisdicional de proporcionalidade da sanção disciplinar: (a) ao Poder Judiciário somente é legitimado aferir se houve ou não proporcionalidade disciplinar na aplicação do ato punitivo; (b) constatando-se que a sanção é desproporcional, não poderá substituí-la ou modificá-la por outra, devendo apenas anular o ato sancionatório (portaria que aplicou a sanção disciplinar, e não todo o processo), sem prejuízo de que, em nova e regular decisão, a Administração Pública possa aplicar a penalidade adequada à infração administrativa, aproveitando-se os atos regularmente praticados no procedimento disciplinar e desde que ainda não ocorrida a prescrição da aplicação da penalidade disciplinar.

### Referências Bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24a ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 20a ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 31a ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 13a ed., São Paulo: RT, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 19a ed., São Paulo: Atlas, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. Prática do Processo Administrativo. 6a ed., São Paulo: RT, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

COSTA, José Armando da. Controle Judicial do Ato Disciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 3a ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 13.518/DF, Terceira Seção, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 05.12.2008, DJe de 19.12.2008.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Sanções Disciplinares – O alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. Quinta Região, Apelação Civil no 2001.84.00.003792-3, Quarta Turma, Rel. Desembargador Barros Dias, DJU de 25.01.2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RMS 10316/SP. Sexta Turma. Rel. Ministro Vicente Leal. Julgado em 11.04.2000, DJU de 22.05.2000.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. Discrecionalidad Administrativa y Constitución. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. Quinta Região. Primeira Turma, Rel. Desembargador Federal Ubaldo Ataíde, Rel. p/acórdão Desembargador Federal Frederico Azevedo, DJU em 10.11.2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Seção. MS 10.828/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti. Julgado em 28.06.2006. Publicado no DJU de 02.10.2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e Sanções Disciplinares. 2a ed., São Paulo: RT, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: RT, 2000.



# Publicação dos vencimentos dos servidores públicos na rede mundial de computadores: violação à privacidade ou um instrumento de controle social?

**Darcy de Souza Branco Neto**, Bacharel em Direito pela Universidade Braz Cubas (UBC), Analista de Finanças e Controle da CGU, lotado na Corregedoria Setorial do Ministério da Saúde CGU.

Nos tempos atuais, presenciam-se diversos conflitos administrativos e judiciais entre os servidores públicos e a Administração. De um lado, por aqueles que, privilegiando a interpretação literal das normas, rotulam de absoluta a impossibilidade de acesso aos dados pessoais do servidor público, sob o pálio da proteção insculpida no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada; de outro, pela Administração Pública, que argumenta como possível o acesso aos dados, partindo-se da premissa da inexistência de direitos absolutos e do reconhecimento de que todos são passíveis de submissão, em cada caso concreto, a outros interesses ou direitos igualmente protegidos e relevantes, desde que a restrição decorrente do afastamento do direito

fundamental referido seja proporcionalmente inferior ao benefício ensejado pela quebra de privacidade.

O presente artigo traz à tona a discussão acerca da possibilidade de divulgação da folha de pagamento dos servidores públicos na rede mundial de computadores. Recentemente, a Prefeitura do Município de São Paulo disponibilizou no website “De olho nas Contas” os salários de seus servidores, sob o argumento de que a divulgação traria mais transparência à gestão pública. Para especialistas, a decisão de divulgar o salário dos servidores na internet pode ser considerada uma violação ao direito constitucional à privacidade, uma vez que lícita seria apenas a divulgação dos valores dos vencimentos relativos aos cargos públicos, o que já é



feito, mas jamais com a individualização dos beneficiários, citados nominalmente pela municipalidade. Outro argumento utilizado para os defensores do “sigilo” é o comprometimento da segurança física e moral dos servidores públicos envolvidos. O assunto foi levado ao Supremo Tribunal Federal, em meados de julho de 2009, e, por liminar deferida pelo Presidente do Tribunal, ministro Gilmar Mendes, foram suspensas duas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo contrárias à divulgação dos dados.

A questão constitucional envolvida na publicação das informações está em saber se a divulgação da remuneração bruta mensal dos servidores paulistanos respeita o princípio da publicidade – pela transparência dada aos gastos públicos –, ou se trata de exposição indevida dos servidores, em desrespeito à intimidade da vida privada dos cidadãos: “Por impedir a publicidade dos gastos estatais relacionados à remuneração mensal dos servidores públicos, as decisões do TJ-SP causam grave lesão à ordem pública, com efeitos negativos para o exercício consistente do controle oficial e social de parte dos gastos públicos”, concluiu o presidente do STF, ao deferir a liminar na Suspensão de Segurança 3902.

No Brasil, diferentemente do que ocorre em países mais desenvolvidos, o reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana teve como marco o momento histórico vivido pela Constituição de 1988. A partir de então, vários direitos, como os relacionados à privacidade e à vida privada, foram elevados à classe de direitos e garantias fundamentais.

Celso Ribeiro Bastos conceitua a reserva da intimidade e da vida privada como a “faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhe o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano”<sup>1</sup>. Edson Ferreira da Silva entende que a privacidade e a intimidade estão vinculadas diretamente aos valores que determinam os sentimentos das pessoas, sendo mutáveis de acordo com as diferentes culturas, porque se subordinam aos costumes e aos aspectos sociais de acordo com cada época e lugar<sup>2</sup>. Muitas vezes, os termos “intimidade” e “vida privada” são considerados sinônimos, porém há autores que os diferenciam. Segundo José Adércio Leite Sampaio, a intimidade “integra a vida privada, porém de uma forma muito mais dinâmica do que comumente apresentada, cuida-se de sua projeção no âmbito das informações pessoais, do relacionamento comunicativo do ser com os demais, enfim, de uma ‘autodeterminação informativa’ ou ‘informacional’”<sup>3</sup>. No mesmo caminho, Jean Carnonnier sustenta que o direito à vida privada implica no próprio modo de vida da pessoa, em suas escolhas, enquanto a intimidade envolve um espaço de resguardo que obriga os demais a deixarem-na tranquila, em paz<sup>4</sup>.

De maneira geral, costuma-se identificar como objeto do direito à privacidade a tutela de dados da pessoa que digam respeito a suas crenças, confidências, pensamentos, hábitos, vida

afetiva, familiar, negócios particulares, numa exemplificação não exaustiva. Independentemente das diferenciações apresentadas, até porque os valores que determinam os sentimentos das pessoas são mutáveis de acordo com o tempo e o lugar, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada está inserida no chamado direito à privacidade *lato sensu*, o qual faculta ao indivíduo, titular do direito, privar do conhecimento público tudo aquilo que ele entende ser de seu exclusivo interesse.

A violação da privacidade assegura ao lesado o direito à indenização por dano material ou moral, podendo até, em certas hipóteses, configurar ilícito penal. Contudo, apesar da grande importância de que o direito de privacidade goza atualmente no Brasil, a Constituição criou limites ao seu absoluto exercício. Stefano Rodotà, professor da Universidade “La Sapienza”, em Roma, destaca, acerca da possibilidade de relativização desse direito, que “o reconhecimento do direito à privacidade como direito fundamental vem acompanhado de um sistema de exceções que tende a determinar sua aceitação social e sua compatibilidade com interesses coletivos. Essa tendência, além de estar implícita na lógica de muitos sistemas jurídicos, manifesta-se explicitamente nos mesmos textos que proclamam o caráter fundamental deste direito”<sup>5</sup>. De fato, a vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade. É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que se sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo. A depender de um conjunto de circunstâncias do caso concre-

to, a divulgação de fatos relacionados a uma dada pessoa poderá ser tida como admissível ou como abusiva<sup>6</sup>.

A relativização do direito à privacidade é comumente reconhecida nos casos de pessoas que ocupam posição elevada na esfera social, como artistas e políticos notoriamente conhecidos. Entende-se, nesses casos, que existe uma redução espontânea dos limites da privacidade, em virtude da exposição voluntária do indivíduo ao público. Analisando essa possibilidade, Darcy Arruda Miranda, ao comentar sobre modalidades de trabalho que interessam à coletividade, assim se posicionou: “Aquele que não quiser expor-se à crítica jamais deverá aceitar um cargo de governo. A vida pública do político ou daquele que assume posto de relevo na vida nacional, é devassável a todas as luzes, é perscrutável em todas as latitudes, é vasculhável em todos os seus escaninhos, por isso que a coletividade precisa estar alertada contra todos quantos por seus atos ou atitudes possam colocar em situação de perigo o país, a moralidade pública e as próprias instituições”<sup>7</sup>. O conhecimento de informações da vida privada da pessoa que adquiriu projeção social se reveste de liceidade quando reclamado pela divulgação de notícia de interesse público genuíno e nos termos e na medida da necessidade de dar a conhecer sem desprezar o mínimo conteúdo da privacidade. É o critério do mínimo desnudamento para a compreensão da notícia de interesse público inequívoco, definido assim por Jabur: “É aquele que, presupondo a verdade investigada do que se pretende difundir, deita razão na (i) necessidade de divulgar para esclarecer, na (ii) utilidade da divulgação, que há

de corresponder a interesses legítimos, distantes da curiosidade pura ou mórbida, afastados do mexerico ou do desejo de conhecer o que é dos outros, sem conteúdo ou serventia socialmente justificáveis. Não basta ser verdadeira e necessária, a informação deve se revestir de conteúdo que consulte à fruição de interesse que merece satisfação. À necessidade e à utilidade agrega-se a (iii) adequação, que é a medida de ambas. Adequação é o modo pelo qual, presentes necessidade e utilidade, se divulga a notícia. É resultado da acurada mensuração de como a notícia verdadeira, necessária e útil será levada a conhecer, o local onde será veiculada, o tamanho e a extensão da matéria, o destaque e o impacto do título, a ênfase de conteúdo, o modo da grafia, formatação e configuração do texto. Adequar para não lesar a privacidade dispensa uso de imagens, forma sensível e, vez outra, chocante de exteriorizar a mensagem, que, ao revés do efeito ou impacto produzido pela imagem, há de prover o mínimo e atento desnudamento para a compreensão da notícia de inequívoco interesse público”<sup>8</sup>.

Os julgados das cortes constitucionais não raro ratificam o entendimento exposto, no sentido de que o direito à privacidade “termina onde começa o legítimo interesse público”, na linha, aliás, do contido no artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, quando diz: “1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua vida privada e familiar, de seu domicílio e de sua correspondência. 2. Não pode haver interferência de uma autoridade pública no exercício deste direito, a menos que esta ingerência seja prevista em lei e constitua uma medida que,

em uma sociedade democrática, é necessária à segurança nacional, ao bem-estar econômico do país, à defesa da ordem e à prevenção de infrações penais, à proteção da saúde ou da moral, ou à proteção dos direitos e das liberdades alheias”.

Diante dessas considerações, indaga-se: em qual posição estaria o servidor público? Estaria ele equiparado ao cidadão comum e, conseqüentemente, mais protegido pelo direito à vida privada? Ou o servidor público estaria inserido num contexto em que, naturalmente, há relativização do direito à intimidade, em vista de sua posição social?

O fundamento adotado para se determinar o contexto no qual se insere o servidor público, especificamente quanto à divulgação de seus vencimentos na internet, não decorre da aplicação do malfadado Princípio da Supremacia do Interesse Público. Em verdade, sem negar a existência de opiniões divergentes acerca do conceito de “interesse público”, não há como dissociar referido princípio de abusos ao direito de privacidade cometidos pela Administração, quando, sob o poder da ditadura militar, praticou toda sorte de violência aos direitos individuais, sob a alegação de “garantia da segurança nacional”, ou de “proteção da família e dos bons costumes”. Modernamente, apesar de dividida quanto à necessidade de reconstrução ou de desconstrução do Princípio da Supremacia do Interesse Público, emerge na doutrina a orientação de que a superposição desse princípio em relação a outros valores constitucionais igualmente relevantes é incompatível com a sistemática não hierarquizada dos direitos fundamentais<sup>10</sup>. Desse

modo, carecendo de sustentação jurídica a imposição de limites ao direito de privacidade do servidor público por conta, unicamente, da aplicação do Princípio da Supremacia do Interesse Público, a solução do problema proposto deve partir do reconhecimento de um conflito aparente de direitos fundamentais, a saber, Direito à Privacidade versus Direito à Informação.

É sabido que, nos casos em que há colisão entre direitos fundamentais, o intérprete não poderá abandonar completamente um direito para a aplicação absoluta do outro, visto que não existe hierarquia entre direitos fundamentais. Sendo assim, dever-se-á harmonizar os direitos conflitantes, por meio de um juízo de ponderação, consideradas as características do caso concreto, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos contrapostos, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas<sup>11</sup>.

A solução do problema proposto depende, pois, da apresentação das bases que sustentam o direito fundamental à informação. A Constituição Federal assegura a todos o “direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (Art. 5º, inciso XXXIII). O direito de acesso à informação encontra seu consectário

lógico no dever de publicidade (Art. 37, “caput”), cujo conceito abrange o “dever de transparência” da Administração Pública, de forma que nada se faz às escondidas. O Estado, consubstanciado na Democracia e no respeito às leis, pressupõe amplo conhecimento de tudo que se faz em seu interior, e deve oferecer instrumentos para a participação de todos os cidadãos na vida política do país, coletiva ou individualmente, visando assegurar a efetiva soberania popular.

O direito à informação, o dever de publicidade e de transparência pública são temas discutidos no cenário internacional, tanto por entidades públicas quanto por organizações civis. De acordo com a organização não governamental “Contas Abertas”<sup>12</sup>, países como o Peru, o Paraguai, o Chile e a República Dominicana já publicam os salários de seus servidores públicos na internet. Por lá, a medida não é considerada invasão de privacidade, tampouco instrumento de constrangimento aos servidores. A Lei de Transparência chilena, em vigor desde o dia 20 de abril de 2009, funciona em dois níveis: o da transparência passiva – os órgãos públicos são responsáveis por responder pedidos de informação de cidadãos – e o da transparência ativa – o governo é obrigado a disponibilizar informações de interesse público na internet.

Outro exemplo é a ONG Artigo 19<sup>13</sup>, a qual trabalha em prol da extinção da censura e da implementação da democracia nos países. Após extenso processo de estudo, a Artigo 19 elaborou um grupo de princípios internacionais sobre acesso às informações oficiais. Tais princípios, sintetizados a seguir, estabele-

cem clara e precisamente as formas por meio das quais os governos podem alcançar a abertura máxima, de acordo com os melhores critérios e práticas internacionais: *“Princípio 1: Máxima Divulgação – Estabelece que toda a informação mantida por organismos públicos deverá ser sujeita a divulgação, salvo em circunstâncias muito limitadas. O objetivo é aplicar a máxima divulgação das informações. Princípio 2: Obrigação de Publicar – Implica não só que os organismos públicos concordem com a pesquisa de informação, mas também que eles próprios publiquem e propaguem o mais possível os documentos de interesse público significativo, sujeito apenas a limites razoáveis baseados em recursos e capacidade. Princípio 3: Promoção de Governo Aberto - Informar o público sobre os seus direitos e promover uma cultura de abertura no seio do governo são aspectos essenciais para que a finalidade da liberdade de informação seja alcançada. Princípio 4: Âmbito limitado de exceções - As exceções devem ser clara e rigorosamente traçadas e sujeitas a provas austeras de “injúria” e “interesse público”. Todas as solicitações individuais de informação a organismos públicos devem ser atendidas, a não ser que o organismo público possa demonstrar que a informação seja considerada no âmbito do regime limitado de exceções. A demonstração exige aprovação no seguinte teste: a informação deve relacionar-se com um dos objetivos legítimos listados na Lei; a divulgação deverá ameaçar causar graves prejuízos a tal objetivo; e o prejuízo ao objetivo em questão deve ser maior do que o interesse público à informação específica. Princípio 5: Processos para facilitar o acesso - As solicitações de informação*

*devem ser processadas rapidamente e com imparcialidade e uma revisão independente de qualquer recusa deve estar à disposição das partes. Princípio 6: Custos - Custos excessivos não devem impedir o cidadão de solicitar informações. Princípio 7: Reuniões abertas - Reuniões de organismos públicos devem ser abertas ao público. A liberdade de informação inclui o direito de o cidadão saber o que faz o governo em nome do público e de participação no seu processo de decisão. Princípio 8: Divulgação tem primazia - As leis que são inconsistentes com o princípio da máxima divulgação devem ser alteradas ou consideradas revogadas. Princípio 9: Proteção de denunciantes – Indivíduos que divulgam informações sobre situações impróprias – denunciantes – devem ser protegidos.”*

Já sob o prisma da necessidade humana, Maria Tereza Marques sustenta que o direito à informação não é mais visto como uma simples liberdade de externar o pensamento, de expressar-se, mas sim como um direito fundamental de participação da sociedade, travestindo-se no direito de informar (de veicular informações), no direito de ser informado (de receber informações) e de se informar (de recolher informações), sendo, pois, base para a democracia. A informação pública, de acordo com a autora, é hoje mais que um direito: “é uma necessidade irrenunciável, sem a qual não há participação, não há liberdade, desmorona-se a igualdade, impede a existência da democracia”<sup>14</sup>.

Convém ressaltar, entretanto, que o direito à informação, assim como o direito à privacidade, não é ilimitado, conforme interpretação que se extrai do

artigo 220 da Constituição. Debruçando-se sobre o assunto, Gilberto Haddad Jabour ensina que “a coexistência de ambas as garantias num mesmo escalão constitucional revela, ao contrário do que pode parecer mediante exame singular, que o legislador estava perfeitamente cômico da equiparação que promoveu, persuadido do exato conteúdo que atribuiu a um e a outro direito. Não lhes brindou, por isso, com o estigma da absolutez, porque tal marca, exagerada e incompatível com o sistema jurídico aberto, ergueria a supremacia de um direito desprovido de outro, derrocando, assim, um dos pilares dos regimes civilizados e democráticos ou uma das formas de expressão da dignidade humana, não menos preciosa ao Estado Democrático de Direito, frise-se e frise-se bem”<sup>15</sup>.

Diante da necessidade de solucionar o conflito aparente entre os valores constitucionais referidos, Tereza Marques aponta três correntes de interpretação existentes<sup>16</sup>. A primeira delas, denominada “Regime de Exclusão”, apregoa o valor absoluto dos direitos de personalidade, isto é, contrapondo-se numa mesma situação fática o direito à informação e o direito de personalidade, há a preponderância absoluta deste, e a total exclusão daquele. A segunda, conhecida como “da Necessária Ponderação”, reclama uma casuística ponderação entre ambos os direitos envolvidos, sopesando o direito de crítica e o direito de personalidade envolvido, de modo a concluir se a restrição resultante dessa ponderação está ou não justificada constitucionalmente. Já a terceira concepção, chamada de “Concorrência Normativa”, avança nos pressupostos da doutrina da necessária

ponderação, ao fixar o direito de crítica – de informação, de opinião e de expressão – como preferencial face aos demais direitos, relevando o valor social do direito à informação, alçado à condição de pressuposto do sistema democrático.

Ao analisar as vertentes doutrinárias apresentadas, a primeira delas – a do regime de exclusão – é totalmente insustentável, haja vista que, sem qualquer fundamento jurídico, dá aos direitos à intimidade, à honra, à imagem e à privacidade o caráter absoluto que nega a outros direitos também fundamentais. Já a segunda e a terceira correntes demonstram uma maior possibilidade de acomodação dos direitos conflitantes, sendo que a segunda corrente – a da necessária ponderação – se baseia no bom senso, na interpretação do caso concreto, e a terceira, juridicamente adequada ao caso sob estudo, ressalta o caráter público que reflete o direito à informação, constituindo base para o exercício da cidadania, consubstanciado no controle social da gestão pública.

No Brasil, o controle social está pautado no princípio da participação popular na gestão e no controle da Administração Pública, porquanto o legislador constituinte criou instrumentos para que a sociedade pudesse exercer o seu papel, participando e controlando as ações do Estado na busca do bem comum e do atendimento ao interesse público<sup>17</sup>. No entanto, infelizmente, o controle social das contas públicas e dos atos de governo não é exercido em sua plenitude, não possuindo o grau de satisfação desejado, o que se deve a aspectos políticos e culturais que impe-



dem seu avanço conjuntamente com o controle oficial. A falta de políticas públicas de incentivo à participação popular e a ausência de iniciativa dos cidadãos fazem do controle social um ideal ainda a ser conquistado.

Hélio Saul Mileski<sup>18</sup> enfatiza a necessidade de desenvolvimento da consciência popular como primeira condição para uma democracia participativa, possibilitando a atuação do controle social, com o cidadão passando de um estágio passivo para um estágio ativo. Ademais, exigem-se ações da Administração Pública no tocante ao desenvolvimento de uma consciência popular com vistas à participação, ao exercício do controle social. Nesse cenário, a iniciativa da Prefeitura do Município de São Paulo de divulgar a folha de pagamento dos servidores públicos na rede mundial de computadores revela-se medida útil e eficaz, pois propicia ao cidadão um mecanismo hábil para fiscalizar e acompanhar as decisões tomadas pelos representantes eleitos.

Iniciativas semelhantes foram adotadas em âmbito federal. Com o intuito de fomentar o controle social na aplicação dos recursos públicos, a Controladoria-Geral da União (CGU) desenvolve o Programa Olho Vivo no Dinheiro Público. Por intermédio do acesso à informação e pela mobilização social, o Programa Olho Vivo busca envolver a sociedade numa mudança cultural, sensibilizando agentes sociais sobre a importância da participação e do controle social. Além do Programa Olho Vivo no Dinheiro Público, a CGU criou o Portal da Transparência, um canal pelo qual o cidadão pode acompanhar a execução financeira dos programas do go-

verno federal. No Portal da Transparência, estão disponíveis informações sobre os recursos federais transferidos pelo Governo Federal a estados, municípios e ao Distrito Federal – para a realização descentralizada das ações do governo – e diretamente ao cidadão, bem como dados sobre os gastos realizados pelo próprio Governo Federal em compras ou contratação de obras e serviços. Recentemente, incluiu-se no Portal informações funcionais dos servidores públicos federais, bem como link direcionado a planilhas contendo a remuneração das diversas carreiras do Poder Executivo Federal.

Com a finalidade de avançar mais, a Presidência da República enviou ao Congresso Nacional projeto de lei de acesso a informações públicas. O projeto visa regular o direito de todos de receber do Estado informações de seu interesse pessoal ou de interesse geral. O texto apresentado prevê medidas positivas, como a criação de listas de informações que devem ser disseminadas de forma proativa pelos órgãos públicos, assim como a divulgação de informações de caráter pessoal, independentemente de consentimento expresso da pessoa a que se refere, quando necessárias à proteção do interesse público e geral preponderante. O projeto, pendente de apreciação pelo Congresso Nacional, vai ao encontro da decisão proferida pelo STF e do objetivo buscado pela Prefeitura do Município de São Paulo, qual seja, de tornar efetivo o direito à informação, à transparência, à publicidade, ao controle social e à cidadania. Tais valores, inerentes ao paradigma atual do Estado Democrático de Direito, estão inseridos no conceito de administração gerencial, que busca

***Apoiando-se no entendimento de que o pleno exercício do direito à informação é essencial à efetivação do controle social, a divulgação na rede mundial de computadores de informações relativas aos vencimentos auferidos pelos servidores públicos não viola, em princípio, o direito fundamental à privacidade.***

prestar serviços públicos de forma eficiente, facilitando o combate à corrupção, prezando pela economicidade, transparência, publicidade e eficiência, numa verdadeira administração por resultados. Nesse novo modelo, a transparência e a participação popular têm formação idealizada e inspirada no *accountability*, entendida como o dever de transparência, de prestação de contas e de cuidado na administração dos bens e recursos públicos.

Conclusivamente, apoiando-se no entendimento de que o pleno exercício do direito à informação é essencial à efetivação do controle social, a divulgação na rede mundial de computadores de informações relativas aos vencimen-

tos auferidos pelos servidores públicos não viola, em princípio, o direito fundamental à privacidade. A evolução social e a contínua reforma da máquina administrativa exigem da Administração a adoção de novas concepções no trato da coisa pública, idealizadas na transparência e no controle social. Por outro lado, a fim de assegurar a exatidão das informações, que devem ser claras, objetivas, verdadeiras e atualizadas, impõe-se o aprofundamento das reflexões no que pertine à forma como os dados são apresentados, uma vez que eventuais incorreções podem acarretar danos materiais e morais ao servidor público enquanto indivíduo. Nessa esteira, devem ser disponibilizadas ao servidor ferramentas aptas à pronta retificação das informações, sem prejuízo das garantias ofertadas pelo “habeas data” (artigo 5º, inciso LXXII). Disponível está o aparato constitucional necessário para consecução dos objetivos propostos, sendo certo que, com a iniciativa de criar a lei de acesso às informações públicas, o governo brasileiro lançou a oportunidade de se avançar na defesa do direito à informação, levando-se em conta o destinatário da norma, o povo, detentor primeiro desse direito fundamental. Aos servidores públicos permanece a missão de pensar e de agir maduramente quanto a sua contribuição no processo de aperfeiçoamento do serviço público, por intermédio do exercício da solidariedade para com os demais cidadãos, ao sopesar a relatividade do direito à privacidade em atenção à transparência e à indispensável necessidade de se prevenir e combater a corrupção.



## Referências Bibliográficas

(1) BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.202.

(2) SILVA, Edson Ferreida da. Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2.ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2003, p. 51, apud DOURADO, Maria de Fátima Abreu Marques. Fundamentos do direito à intimidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p.72/3

(3) SAMPAIO, José Adercio Leite. Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 277.

(4) CARBONNIER, Jean. Droit Civil: les personnes. Paris, Presses Universitaires de France, 1992, p.127-128, apud MARTINS FILHO, Ives Gandra; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. (Coordenadores). Direito à privacidade. Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de extensão universitária, 2005, p.129.

(5) RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 105.

(6) MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva: 2007. p. 371

(7) MIRANDA, Darcy Arruda. Comentários à Lei de Imprensa. Tomos 1 e 2. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, apud MARQUES, Maria Tereza. Direito à Informação – Direito Fundamental Base para Democracia. p.38.

(8) JABUR, Gilberto Haddad. A dignidade e o rompimento de privacidade. apud MARTINS FILHO, Ives Gandra; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. (Coordenadores). Direito à privacidade. Aparecida, SP: Idéias

& Letras; São Paulo: Centro de extensão universitária, 2005, p. 99

(9) TAVARES, André Ramos. Liberdade de Expressão-Comunicação em face do Direito à Privacidade apud MARTINS FILHO, Ives Gandra; PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. (Coordenadores). Direito à privacidade. Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro de extensão universitária, 2005, p.236

(10) CARVALHO NETTO, Menelick. A contribuição do direito administrativo focado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: Um pequeno exercício de teoria da constituição. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília: TST, 2002.

(11) MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

(12) Disponível em [http://contasabertas.uol.com.br/noticias/detalhes\\_noticias.asp?auto=2716](http://contasabertas.uol.com.br/noticias/detalhes_noticias.asp?auto=2716)

(13) Disponível em via <http://www.artigo19.org/>

(14) MARQUES, Maria Tereza. Direito à Informação – Direito Fundamental Base para Democracia. p.30 (<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19916>).

(15) JABOUR, Gilberto Haddad. Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.332.

(16) MARQUES, Maria Tereza. op. cit. p.35

(17) BREDER, Jane Carvalho. Controle Social – Um modelo em construção: Contribuições do Tribunal de Contas da União. (SOUSA JUNIOR, José Geraldo de, organizador.) – Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006, p. 189

(18) MILESKI, Hélio Saul. Controle Social: Um aliado do Controle Social. p.91.

# Possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares cuja penalidade prevista seja a demissão

*Débora Queiroz Afonso*, Analista de Finanças e Controle da CGU.

## Introdução

A partir da Constituição Federal de 1988, ampliou-se a tendência ao controle jurisdicional da Administração, priorizando os direitos e garantias perante o poder público. Como consequência, vislumbra-se a indicação de mais parâmetros de controle da atuação discricionária da Administração.

Este trabalho objetiva contribuir para o aprimoramento do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, ao analisar a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade em processos administrativos disciplinares que possam culminar na aplicação da penalidade de demissão, em face do Estado Democrático de Direito que rege nossas instituições.

Para tanto, pretende-se abordar de forma breve a evolução, o desenvolvimento da Administração em face dos modelos de paradigmas de Estado, com enfoque no Estado Democrático de Direito.

A partir da perspectiva do Estado Democrático de Direito, passa-se a verificar a temática do poder disciplinar e a conceituar os termos mais significativos que permeiam o caráter interdisciplinar do tema, examinando, ainda, o direito positivo envolvido na questão.

O estudo também buscará o aprofundamento na compreensão e apreensão das diferentes correntes teóricas do Princípio da Proporcionalidade para assegurar direitos fundamentais, costurando os seus conceitos e pressupostos com a questão abordada, além de avaliar a sua pertinência para análise do

ordenamento disciplinar da Administração Pública.

Analisar a temática proposta pode contribuir para um debate sobre o posicionamento da Administração em relação à condução dos processos administrativos disciplinares – em especial, a análise da adequação das penalidades impostas, valendo-se do princípio da proporcionalidade, com crescente aceitação pelo Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pela doutrina brasileira, contribuindo para a discussão da revisão do contexto legal, de forma que os processos disciplinares conduzidos pela Administração adotem a justa medida em seu desfecho, sem o cometimento de excessos.

## **1. A aplicação da penalidade de demissão no contexto do Estado Democrático de Direito**

Antes de abordar especificamente o estudo do princípio da proporcionalidade como alternativa para viabilizar a utilização da técnica de ponderação em Processos Administrativos Disciplinares cuja penalidade indicada seja a demissão, é necessário um entendimento prévio do contexto em que o referido princípio vem sendo invocado no Estado Democrático de Direito.

Segundo Menelick, o Estado Democrático de Direito, estágio em que se encontra grande parte das sociedades, juntamente com o Estado Liberal ou Estado de Direito e o Estado Social ou Estado de Bem-Estar Social, são os três grandes paradigmas constitucionais da modernidade, que representam dife-

rentes modelos de desenvolvimento do Estado ao longo da história.

O primeiro grande paradigma constitucional da modernidade, o Estado de Direito ou Estado Liberal, rompe com o paradigma medieval, trazendo, pela primeira vez, a noção de que todos os homens são iguais, livres e proprietários, podendo fazer tudo que não estivesse proibido em lei. O Estado garantiria o livre curso da sociedade civil, concentrando na ordenação econômica da sociedade, entregue à autorregulação.

Após a I Guerra Mundial, esse modelo começa a declinar. A ideia de Estado mínimo levou a uma riqueza e a uma miséria sem precedentes, a partir da exploração do homem pelo homem. Surge o Estado Social ou do Bem-Estar Social, em que novos direitos e formas de exercício são agregados à essência das constituições liberais. Sua essência é a ideia de compensação, e ao Estado caberá essa tarefa.

### **1.1. A atuação da Administração no contexto do Estado Democrático de Direito**

Ao longo da década de 1970, com o crescente endividamento do setor público, o Estado Social entrou em crise, e surge o paradigma do Estado Democrático de Direito, trazendo novos tipos de Direito, chamados de última geração, a partir do aumento na complexidade das relações sociais: direito ambiental, de minorias, do consumidor, etc. Nele, o público deixa de ser visto como estatal, e o privado, como egoísta. A sociedade, complexa, necessita de organizações que defendam interesses públicos contra o

Estado privatizado, empresário, inadimplente e omissor. A ênfase desse novo paradigma será atribuída à ideia de cidadania, compreendida como um processo de participação ativa da sociedade, que luta por seus direitos e zela por sua eficácia.

Habermas ressalta que esses direitos só adquirem sua eficácia plena quando os envolvidos possuem informação suficiente sobre eles e são capazes de proteger seus direitos por meio dos direitos fundamentais de justiça. São cidadãos politicamente ativos, que buscam tratamento igualitário para os iguais e tratamento diferenciado para os diferentes.

Nesse paradigma, as esferas do público e do privado são encaradas como complementares. O privado é revalorizado, resgatando a autonomia e a liberdade. O direito privado passa a ter espaços regulamentados por lei, e o público adquire possibilidade de argumentação.

Essa mudança de foco é refletida principalmente no direito administrativo. As esferas de poder administrativo, que antes mantinham relações autoritárias com seus clientes, agora mantêm relações que obrigam os dois lados, e são controladas pelos tribunais. A Administração utiliza-se do princípio da proporcionalidade e de cláusulas que atenuam exigências excessivas.

Canotilho defende que o Estado de direito é aquele que agrega princípios e valores que conduzam a uma ordem humana de justiça e paz. Eles estariam refletidos na liberdade, na segurança, na igualdade, na responsabilidade e na responsabilização para os detentores do

poder, e na proibição de discriminação de indivíduos e grupos. Acrescenta que, atualmente, a forma mais adequada para envolver esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito seria o Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado. Esse Estado possui as seguintes dimensões essenciais:

- O Império do direito, em que todos, Estado e particulares, devem cumprir as normas;
- Direitos fundamentais constitucionalizados;
- Princípio da justa medida, em que há a proibição de excessos;
- Princípio da legalidade da administração. Toda a administração deve obedecer à lei, sendo proibida qualquer atividade que não esteja vinculada à lei;
- O Estado é responsável por danos incidentes na esfera jurídica dos particulares;
- Acesso ao direito garantido de várias formas além dos tribunais;
- Segurança e confiança às pessoas, por meio da fiabilidade, racionalidade e transparência.

## **1.2. A interpretação/aplicação do Poder Disciplinar da Administração no âmbito do Estado Democrático de Direito**

Poderes administrativos são prerrogativas de autoridade da Administração Pública, conferidas aos entes e órgãos públicos, para serem utilizadas na realização do bem público. Tais poderes, inerentes à Administração, possibilitam sobrepor o interesse público ao interesse privado.

Maria Sylvia Zanella di Pietro esclarece que o vocábulo **poder** se trata de poder-dever, pois os poderes da Administração são irrenunciáveis, obrigando-a a agir quando necessário.

Poder disciplinar é a prerrogativa da Administração de apurar fatos que caracterizem ilícito administrativo e aplicar penalidades pela prática de infrações funcionais a servidores públicos, não abrangendo eventual sanção imposta a particular.

Os poderes hierárquico e disciplinar são correlatos, andam juntos, mas não se confundem. No exercício do poder hierárquico, a Administração Pública distribui e escalona as suas funções executivas; já no uso do poder disciplinar, ela controla o desempenho dessas funções e a conduta de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas cometidas. O poder disciplinar almeja o aperfeiçoamento progressivo do serviço público, na medida em que zela pela qualidade e efetividade do serviço público prestado.

Outra característica do poder disciplinar é seu caráter discricionário, em que o administrador, baseado nos deveres do infrator em relação à função que deveria desempenhar, e verificando a falta cometida, aplicará, pautado em critérios de conveniência e oportunidade, a sanção que julgar cabível, dentre as que estiverem enumeradas em lei.

Reforçando esse entendimento, Di Pietro afirma que a Administração não tem liberdade de escolha entre punir e não punir, pois, ao ter conhecimento da falta praticada pelo servidor, necessária será a devida apuração e, conseqüentemente, a aplicação da pena cabível. A

discricionariedade do poder disciplinar existe limitadamente e se encontra na liberdade de ação que a lei dá à Administração. Restringe-se à escolha da penalidade entre as demais possíveis e à gradação da pena disciplinar tão somente, ou seja, a Administração, à luz do caso concreto, escolhe e gradua a pena disciplinar cabível, conforme a maior ou menor gravidade da falta ou a natureza da pena.

Ademais, o exercício do poder disciplinar pressupõe observância do Devido Processo Legal, sendo que o Superior Tribunal de Justiça, em sua jurisprudência, reconhece que o poder disciplinar tem de ser exercitado dentro dos limites do Estado Democrático de Direito.

## 2. O Poder disciplinar da Administração e a penalidade de demissão do servidor público

O Estado contemporâneo, diante da complexidade da sociedade, converteu-se em um poderoso instrumento de transformação social. As tarefas desse Estado são viabilizadas por meio da Administração Pública, que age por intermédio de seus agentes, os servidores públicos. Dessa forma, a qualidade e eficiência dos serviços prestados pelo Estado advêm diretamente da forma de atuação desses servidores, que são pessoas humanas e sujeitas a falhas e impulsos que podem alterar tanto a qualidade como os objetivos dos serviços prestados.

Com o propósito de garantir a devida prestação dos serviços públicos, o Estado possui normas de caráter disci-

plinar, visando o cumprimento regular dos deveres por parte dos servidores. Quando acontecem transgressões por parte do servidor, a Administração Pública, em razão do cometimento de infrações de natureza funcional, impõe a este uma sanção disciplinar.

A sanção ou pena disciplinar tem basicamente duas funções: a preventiva, que faz com que o funcionário se abstenha de transgredir as normas disciplinares; e a repressiva, que busca a reprimenda administrativa, uma vez configurada a infração administrativa.

No âmbito do Poder Executivo Federal, são passíveis de serem aplicadas as seguintes penalidades: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

A demissão, mais rigorosa, é pena expulsiva, que retira, forçosamente, o servidor de seu cargo e o impede de assumir, de forma temporária ou definitiva, cargos públicos.

## **2.1. Poder Disciplinar e a penalidade de demissão a partir da Lei nº 8.112/90 e da Constituição Federal**

Embora desfigurado pelas constantes e variadas alterações sofridas por seu texto original, o chamado Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, instituído pela Lei nº 8.112, de 11.12.90, continua sendo, no âmbito da administração federal, o mais importante instrumento regulador das atividades do servidor público em toda a sua trajetória funcional.

Cuida esse diploma legal, dentre outras questões, dos deveres e proibições do servidor, estabelecendo, quando caracterizado o exercício irregular das atribuições que lhe são cometidas, regras e procedimentos próprios para a aplicação de penalidades administrativas.

A Lei nº 8.112/90 dispõe, em seu artigo 132, sobre as variadas situações em que o servidor poderá vir a ser apenado com a sanção de demissão, sendo que o inciso XIII traz, como possibilidade de aplicação da penalidade demissão, a transgressão aos incisos IX a XVI do art. 117.

Ademais, em seu artigo 128, a mesma lei alerta 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, sem expressar ou definir quais seriam os agravantes, tampouco os atenuantes.

A própria Lei nº 8.112/90 institui, em seu “Título V – Do Processo Administrativo Disciplinar”, que a responsabilidade do servidor por infrações praticadas no exercício de suas funções será apurada mediante processo específico, detalhado em seus artigos 143 a 182. A Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, será subsidiária à Lei 8112/90, sempre que esta for omissa.

Ressalte-se que a Lei nº 9.784/99, em seu art 2º, indica que os feitos administrativos serão informados pelos

princípios constitucionais, acrescidos dos preceitos infraconstitucionais da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica e do interesse público.

A Constituição Federal de 1988, base de nosso ordenamento jurídico, consiste na fonte norteadora do processo administrativo disciplinar. Nela se destacam os artigos, 5º, 37 e 41, referentes a direitos e garantias individuais e coletivos, princípios reitores da administração e servidores públicos civis, como preceitos básicos aplicáveis ao processo disciplinar. O art. 41, § 1º, estabelece que o servidor público estável só perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa.

Há outros institutos, disciplinados no art. 5º da CF, que repercutem no processo administrativo disciplinar. O Devido Processo Legal (due process of law) impede a aplicação de penalidade a servidor de forma discricionária, sem se seguir o rito legal de apuração.

A garantia constitucional da ampla defesa proporciona ao acusado os direitos gratuitos de ser notificado da existência do processo, ter acesso aos autos, participar da formação de provas e vê-las apreciadas, manifestar-se por último, ter defesa escrita analisada antes da decisão, julgamento fundamentado e motivado, e dele ter ciência. Tem-se a presunção de inocência do servidor até o julgamento do processo, com o ônus da prova a cargo da administração.

A garantia constitucional do contraditório significa, para o acusado, ter

ciência das provas juntadas aos autos e poder contestá-las, caso deseje, estabelecendo uma relação bilateral, preferencialmente colaboradora, com a elucidação da verdade.

## **2.2. Poder Disciplinar e a penalidade de demissão: visão da doutrina tradicional**

Segundo José Armando da Costa, o ato de individualização da pena deve ser sopesado de algumas circunstâncias que poderão atenuar ou agravar a penalidade a ser imposta. Essas circunstâncias são capazes de alterar substancialmente a natureza da pena a ser concretamente imposta. O atual regime disciplinar do servidor público federal, a lei nº 8.112/90, trata de modo muito genérico tais circunstâncias. Essa generalidade, associada ao princípio da proporcionalidade, permite que se levem em conta circunstâncias como a relevância dos serviços prestados e o fato de a falta ter sido cometida para evitar um dano maior.

Dentre as circunstâncias que o referido autor considera como principais atenuantes estão os bons antecedentes do servidor, a relevância de seus serviços prestados, a possibilidade de evitar que um mal maior ocorra e os elogios escritos recebidos pelo servidor.

Vinicius de Carvalho Madeira defende que, em casos cuja penalidade sugerida seja a demissão, em busca de se evitar injustiças, ou não se abra o processo, ou se enquadre o servidor em um dispositivo outro, diferente das hipóteses dos art. 132 da Lei nº 8.122/90, que possibilite a aplicação de uma pena mais branda. Destaca que o princípio da



proporcionalidade só pode ser utilizado para evitar a pena de demissão se ele não for invocado para atenuar a pena, mas para mudar o enquadramento para um tipo legal que não gere demissão.

Antônio Carlos Alencar Carvalho entende que a autoridade julgadora não pode atenuar a penalidade de demissão para a aplicação de uma pena mais branda. Também admite a possibilidade de retipificação dos fatos. Acrescenta que, mesmo presentes as circunstâncias atenuantes citadas no art. 128 da Lei nº 8.112/90, a aplicação da penalidade de demissão não ofende o princípio da proporcionalidade, diante da gravidade da conduta do servidor.

### **2.3. Posicionamento da Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União em relação à aplicação da penalidade de demissão: uma visão institucional**

O Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria-Geral da União (CGU), apoiado em manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU), indica que, uma vez configurado o ilícito disciplinar, a pena é vinculada, não cabendo à autoridade julgadora decidir de forma diferente, perdoar, compor ou transigir, aplicando algum tipo de pena alternativa.

Essa vinculação comporta ponderação, sendo absolutamente inafastável para as penas expulsivas, como a demissão. Uma vez configurada hipótese de aplicação de pena expulsiva, não há espaço legal para que a autoridade julgadora atenuar para suspensão ou advertência, em que pesem todos os

atenuantes que o servidor possa ter para o fato. Tal entendimento se encontra amparado no Parecer-AGU nº GQ-177, da AGU, de caráter vinculante. Também não há previsão legal para que se agrave a aplicação de advertência ou de suspensão, mesmo com todos os agravantes que o servidor possa ter para o fato.

Quanto ao art. 128 da Lei 8112/90, que indica a aplicação de penalidades levando em consideração as circunstâncias atenuantes e agravantes e os antecedentes funcionais do servidor, o entendimento da CGU é o de que a autoridade julgadora pode graduar entre a aplicação de advertência ou suspensão, ou graduar a quantos dias o infrator será suspenso. Tal entendimento também encontra alicerce em orientação vinculante da AGU, Parecer-AGU nº GQ-183, vinculante (de teor repetido nos Pareceres-AGU nº GQ-140 e 167).

Essa posição é reforçada no item “4.10.2.5.1 - Para Enquadramentos Graves, Impossibilidade de Atenuação das Penas Expulsivas”, em que o autor ressalta que, para a aplicação de penas expulsivas, há a necessidade de conduta dolosa, exceto nos casos em que o servidor procede de maneira desidiosa. Destaca-se ainda que, uma vez configurado o cometimento de alguma dessas hipóteses previstas no art. 132 da Lei nº 8.112, de 11/12/90, a autoridade julgadora não dispõe de margem de discricionariedade para abrandar a pena. As penas de demissão e de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade não se comunicam com advertência e suspensão, dentre as quais até cabe a aplicação do princípio da proporcionalidade, ponderando-se todas as condi-



cionantes, para se julgar qual das duas penas é mais justa.

Dessa forma, mesmo com a recomendação expressa no art. 128 da Lei 8112/90 de consideração de circunstâncias atenuantes e agravantes, observa-se que, em casos de penas expulsivas, tal recomendação não deve ser seguida.

Cumprido ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, por meio de sua 3ª Seção, a despeito do entendimento da Controladoria-Geral da União, em decisão recente, no MS 13.523, firmou entendimento de que os pareceres GQ 177 e GQ 183 são ilegais, por contrariarem “o disposto no art. 128 da Lei 8.112/90, que reflete, no plano legal, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade”.

Tal decisão abre margem para novos debates sobre o tema, como o presente trabalho.

#### **2.4. Perplexidades a partir das revisões judiciais de penalidades de demissão: problemas de interpretação ou aplicação do direito?**

Em princípio, apenas os elementos vinculados do ato administrativo – competência, finalidade e forma – poderiam ser analisados pelo juiz, inexistindo margem nesses elementos para discricionariedade do administrador. Ao Judiciário estaria vedada a análise do mérito administrativo, posto que o juízo de oportunidade e conveniência do ato caberia somente à Administração. O administrador seria o mais propenso a avaliar a realidade e decidir sobre a oportuni-

de e conveniência da prática de um ato administrativo.

Essa é a posição tradicional em relação ao escopo do controle judicial dos atos administrativos. Especificamente em relação à matéria disciplinar, o Judiciário, até um passado recente, entendia que o mérito do ato disciplinar não poderia ser apreciado judicialmente.

Entretanto, um novo paradigma vem se estabelecendo na jurisprudência brasileira. Atualmente, o Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), passou a reconhecer que a análise dos atos disciplinares não se restringe aos pressupostos de legalidade e legitimidade, admitindo ser possível avaliar seu mérito.

Acompanhando o constitucionalismo moderno, o STF tem modificando o entendimento da matéria, como no Recurso em Mandado de Segurança RMS 24669/DF, em que o relator Ministro Eros Grau sugeriu a cassação do ato que demitiu servidor público, indicando que **“o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração”**, uma vez que fora apresentado motivo inválido em face das provas apresentadas nos autos.

Na mesma esteira, o STJ não mais se limita a examinar somente os aspectos extrínsecos da administração, ampliando sua área de atuação, no sentido de coibir arbitrariedades, em regra, praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade. Um exemplo é o Mandado de Segurança Nº 10.827-DF,

relatado pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa, em que o servidor havia sido demitido por conduta ilícita que resultou em prejuízo aos cofres públicos de aproximadamente R\$ 36,80 (trinta e seis reais e oitenta centavos). O Ministro apontou o art. 128 do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, no qual “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”, como se este representasse **“a própria expressão do princípio da proporcionalidade na lei, e do qual o administrador não pode se afastar”**. Ressaltou, ainda, que **“a proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição de excesso, é resultante da essência dos direitos fundamentais”**.

Tais precedentes indicam, de modo ilustrativo, uma alteração gradual e importante na sede de controle dos atos administrativos e na aplicação da legislação em vigor.

### **3. A possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de avaliação das penalidades de demissão pela administração**

O constitucionalismo moderno indica que o valor de uma constituição está baseado na garantia dos direitos fundamentais e em sua efetividade plena. Não basta que esses direitos estejam positivados na Magna Carta;

eles devem ter sua eficácia jurídica e material garantidas.

A Constituição Federal de 1988 traz a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. Esse preceito indica a existência de um elenco de direitos e a necessidade de garantias que objetivem a preservação desses direitos, sendo que o princípio da proporcionalidade se insere justamente nesse contexto normativo, como garantia especial de que toda intervenção estatal ocorra por necessidade, com adequação e de forma justa.

#### **3.1. O Princípio da Proporcionalidade e a atuação da Administração no exercício do Poder Disciplinar**

Romeu Felipe Bacellar Filho entende que o Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de uma ordem legitimada e legalizada, e a Administração Pública está vinculada a esses preceitos. Seu agir deverá ser baseado em procedimentos, regras de atuação ante a sociedade, como forma de concretizar a democracia, na qual não se permite a existência de um poder arbitrário e personalizado. Observa que a ação administrativa se reflete não apenas como procedimento, mas também como uma atitude que visa assegurar a conformidade da atividade administrativa a uma ordem normativa preexistente e a participação de todos os envolvidos numa justa e original composição de interesses.

Para ele, não basta que o processo administrativo disciplinar tenha uma

regulamentação legal; ele deve funcionar como meios e resultados. Embora a graduação das sanções disciplinares seja discricionária, não pode ser arbitrária, devendo guardar correspondência e proporcionalidade com a infração apurada no respectivo procedimento administrativo.

Miguel Rebollo Puig observa que as sanções administrativas devem estar previstas em lei, sendo deixada certa margem na qual a Administração poderá buscar suas resoluções sancionadoras. As normas que fixam as sanções administrativas, e os órgãos que as aplicam em casos concretos, devem se inspirar no princípio da proporcionalidade, para que haja uma correta adequação entre a sanção e a gravidade da infração.

Fábio Medina Osório destaca que não é prerrogativa exclusiva do Direito Penal a aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e igualdade em suas sanções. Atualmente, é inquestionável a aplicação desses princípios também às sanções administrativas.

José Bermejo Vera, ao abordar a temática, indica que a Administração, ao exercer seu poder sancionador, aplicando medidas disciplinares de modo pes-

***As sanções disciplinares devem ser aplicadas adequadamente, dosando a pena de modo a guardar conformidade com a falta que lhe deu causa.***

soal a seus servidores, deve fazê-lo de forma ponderada. Destaca que a Administração poderia adotar medidas alternativas que causassem menos prejuízo ao administrado, objetivando evitar maiores males que uma conduta infratora pudesse causar, bem como preservar os interesses gerais.

As sanções disciplinares devem ser aplicadas adequadamente, dosando a pena de modo a guardar conformidade com a falta que lhe deu causa. A “reprimenda infligida deve ter o mesmo peso da transgressão cometida”, sob pena de não produzir o efeito desejado, comprometendo a regularidade e o aperfeiçoamento do serviço público.

José Armando da Costa ressalta que a noção de proporcionalidade, traduzida como a harmonia e coerência entre o ilícito e sua sanção, pode ser definida como elemento integrante da legalidade do ato disciplinar, vinculando o detentor do poder disciplinar.

### **3.2. Análise do embate entre a visão da CGU e a do Judiciário**

Em nosso ordenamento jurídico, vigora o princípio da independência entre as esferas penal, civil e administrativa. Assim, a prática de um determinado ato ilícito pode gerar uma responsabilidade jurídica subjetiva nas três instâncias. Cada tipo de responsabilidade, civil, penal ou administrativa, é, em princípio, independente uma da outra.

O próprio regime jurídico dos servidores federais, a Lei nº 8.112/90, traz, em seu bojo, a afirmação dessa independência, por meio de seu artigo 125: “As sanções civis, penais e administrati-

vas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”.

No Estado Democrático de Direito, o instituto da separação dos poderes revela uma estratégia no sentido de estabelecer o espaço necessário à garantia dos direitos individuais. Baseado nessa independência, o Judiciário, ao apreciar e exercer o controle externo de um ato disciplinar, deveria se ater aos vícios de legalidade, verificando se tal ato foi praticado em conformidade com os ditames da lei. A análise atinente ao mérito desse ato disciplinar fugiria ao escopo de apreciação do Judiciário. Tal análise seria de exclusividade da Administração.

Até pouco tempo, a apreciação do ato de punição pelo Judiciário se resumia a verificar se o processo transcorria de forma regular e conduzido por pessoa competente. As provas não eram examinadas pelos juízes, oportunizando a ocorrência de várias arbitragens. No entanto, seria inconcebível que a Administração Pública ficasse imune a qualquer controle no exercício de suas atividades. Então, o Poder Judiciário assume o papel de controlar essa atuação.

Nessa esteira, o princípio da separação dos poderes toma a forma de divisão de funções especializadas, enfatizando a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito.

Germana de Oliveira Moraes indica que o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional é perfeitamente compatível com o princípio da separação

dos poderes, na medida em que condutas administrativas desdobráveis em discricionariedade resultarem em lesão ou ameaça a direito. Nesses casos, é sempre cabível o controle jurisdicional, em razão do princípio da legalidade, em decorrência dos princípios gerais da Administração, ou mesmo à luz dos princípios da razoabilidade ou proporcionalidade, com o intuito de invalidar o ato lesivo. Ela acrescenta que o Controle jurisdicional da Administração Pública pelo Poder Judiciário não se encontra mais restrito ao necessário controle de legalidade, que se transforma em controle de juridicidade, o qual se concretiza por meio da análise da compatibilidade do conteúdo dos atos administrativos com os princípios gerais do Direito, expressos ou não na Constituição.

Esse controle jurisdicional representa um controle externo, podendo ser repressivo ou corretivo. Sua decisão possui força de coisa julgada e se impõe à Administração. Não se detém apenas aos aspectos da legalidade, mas também aos da juridicidade. Tal ampliação nos limites desse controle representa uma mudança de paradigma. Os elementos discricionários do ato administrativo poderão ser apreciados judicialmente em face dos princípios gerais do direito, principalmente se envolverem afronta a direitos individuais.

Tal controle tende a ser mais denso na medida em que a atuação administrativa discricionária imponha maior grau de restrição sobre direitos fundamentais dos administrados. Assim, se atos administrativos confrontados com interesses coletivos e

direitos fundamentais se mostrarem desproporcionais, caberá ao Poder Judiciário invalidá-los.

Gilmar Ferreira Mendes observa que o Supremo Tribunal Federal considera que, mesmo sendo legítimo o estabelecimento de restrições a direitos, a adoção de critérios para impor tais restrições deve se mostrar adequada e razoável. Ressalta que “o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado para solução de colisão de direitos fundamentais”. Ele também destaca que inadequação entre meios e fins representam manifestações típicas de excesso de poder e violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso.

O poder sancionador e o eventual exercício abusivo deste pela Administração sofrem minucioso controle pelo Judiciário.

Os tribunais exigem motivação dos atos administrativos, além de realizarem um estrito controle da proporcionalidade das sanções impostas pela administração, de modo a evitar excessos.

Em época de transformação do direito administrativo, necessária se faz a revisão da noção de discricionariedade administrativa, que deixa de ser uma escolha meramente subjetiva para se tornar fundamentada dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição. Nessa vinculação à Constituição, não há que se falar em atos vinculados e discionários, e sim em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

### **3.3. O princípio da proporcionalidade como critério de interpretação/aplicação das penalidades de demissão**

O princípio da proporcionalidade, em sua vertente de princípio da proibição de excesso, surgiu como forma de evitar ou impedir a imposição de medidas desproporcionais aos direitos fundamentais, tanto por atos administrativos como por interpretação literal da lei. Embora não expressamente previsto na Constituição Federal, tem sua origem e seu desenvolvimento intrinsecamente ligados à evolução de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

De acordo com Fábio Medina Osório, esse princípio possui raízes constitucionais e está presente em todo e qualquer ramo do direito, sendo de suma importância na atividade estatal sancionadora, notadamente naquelas que atingem direitos fundamentais. Deve estar presente tanto na adequação da tipificação das condutas como na atenuação dos rigores sancionatórios, podendo até mesmo corrigir distorções legislativas.

Ele afirma que é imperioso observar a proporcionalidade em toda sanção administrativa, pois o objetivo da política administrativa é a busca pela ressocialização do infrator.

Segundo Germana de Oliveira Moraes, a proporcionalidade tornou-se um “axioma do Direito Constitucional”, limitando a atuação estatal, quando atentatória a direitos fundamentais. Tais direitos representam o eixo do Direito, com domínios ampliados para além da legalidade, expandidos pelos

princípios gerais do direito e abrigados pela juridicidade.

Miguel Rebollo Puig, estudioso espanhol, entende que o princípio da proporcionalidade tem papel relevante no direito sancionador, permitindo ao órgão sancionador realizar uma adaptação à maior ou menor gravidade de comportamento.

Embora a proporcionalidade não exista positivada na Constituição, existe como norma esparsa em seu texto, inferindo-se-a de outros princípios. Essa expressão positiva foi conquistada na Lei nº 9.784/99, que rege o processo administrativo no âmbito da Administração Pública. Ele se assenta em três elementos fundamentais: adequação entre meios e fins; adoção de medida menos onerosa; e relação custo-benefício que oriente para que a restrição imposta não sacrifique bem de categoria jurídica mais elevada. Exerce também uma função moderadora, ao harmonizar o ilícito e sua sanção. A proporcionalidade não se define como mérito do ato disciplinar, e sim como extensão de sua legalidade, vinculando o detentor do poder disciplinar na aplicação da punição funcional.

Reforçando esse entendimento, Suzana de Toledo Barros entende que o princípio da proporcionalidade pode ser depreendido de outros princípios constitucionais, de forma a impedir abusos ou fraudes. Ressalta que a noção de proporcionalidade tem sentido mais amplo que a representação mental de equilíbrio, envolvendo considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de determinado ato para a proteção de um determinado direito. A

concepção estrutural desse princípio na doutrina alemã é formada por três sub-princípios: a adequação, que exige que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; a necessidade, que verifica se a medida a ser adotada deve ser o meio mais eficaz e menos oneroso; e a proporcionalidade em sentido estrito, que pondera a carga restritiva em relação aos resultados a serem alcançados.

A proporcionalidade exige que o meio e o fim não estejam em uma relação de desproporção, e os interesses devem ser ponderados de modo a atribuir a máxima realização a cada um dos bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Também Gilmar Ferreira Mendes enfatiza que, além da admissibilidade constitucional da restrição a ser imposta (reserva legal), deve ser observada também a compatibilidade dessas restrições com o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso. Acrescenta que decisões do STF consolidam o princípio da proporcionalidade como postulado constitucional autônomo baseado na cláusula do Devido Processo Legal, que deve ser entendida principalmente em sua dimensão material ou substantiva, que proíbe o excesso e neutraliza o arbítrio do poder público, atuando como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

O Devido Processo Legal almeja encontrar uma solução justa para uma situação em que há conflitos de direitos fundamentais. A utilização do princípio da proporcionalidade nesses casos é necessária, como critério mediador para a

resolução desses conflitos, ponderando os interesses envolvidos no caso concreto. Ele complementa o princípio da reserva legal, convertendo-o em princípio da reserva legal proporcional ou Devido Processo Legal substancial, impondo a restrição a direitos somente quando os meios utilizados sejam idôneos, necessários e proporcionados em relação aos fins almejados.

## Conclusão

Como se observa ao analisar o desenvolvimento do Estado, no Estado Democrático de Direito, além das funções ordenadora e promotora do Direito, encontradas nos modelos de Estado Liberal e Social, encontra-se a função potencial de transformação social.

O modelo de Estado adotado no Brasil antes da Constituição Federal de 1988 era baseado na superioridade da Administração, em detrimento dos direitos dos administrados. Prevalcia a ideia da supremacia dos interesses do Estado sobre os interesses dos cidadãos. A Constituição de 1988, impulsionada por forças sociais, veio acelerar a redemocratização do País.

Atualmente, é necessário um sistema jurídico dinâmico, capaz de acompanhar a sociedade em suas rápidas transformações. A mudança de pensamento e de valores é constante e coloca o Direito muitas vezes aquém da própria comunidade que o fundamenta.

O Direito disciplinar não pode fugir a essa realidade. Seu objetivo é a excelência dos serviços públicos, com qualidade e eficiência, sem deixar de levar

em conta que servidores públicos são também seres humanos sujeitos a falhas e impulsos, que podem levá-los a cometer faltas.

A partir da legitimação democrática, a fonte de inspiração passa a ser os direitos e garantias individuais, interpretando-se a legislação infraconstitucional à luz da Constituição Federal, inclusive o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União e a Lei do Processo Administrativo Federal.

Esse Regime Jurídico, instituído pela Lei nº 8.112/90, regula as atividades do servidor público, além de definir seus deveres e proibições e estabelecer penalidades aplicáveis em casos de transgressão. O artigo 128 da lei determina que os agravantes, os atenuantes e os antecedentes funcionais deverão ser levados em consideração.

A Lei do Processo Administrativo Federal, nº 9.784/99, subsidiária à Lei 8.112/90, define que os atos administrativos serão regidos pelos princípios da Constituição Federal de 1988, acrescidos dos preceitos de alicerce infraconstitucional da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica e do interesse público, conforme reza seu art. 2º.

No entanto, a Administração Federal, baseada em pareceres da AGU, entende que, uma vez configurado o ilícito disciplinar, a pena é vinculada, inafastável para as penas expulsivas, como demissão, sem espaço legal para atenuações de outras penalidades de menor grau repressivo, como suspensão ou advertência, mesmo que o servidor possua atenuantes a seu favor.



Esse entendimento entra em choque direto com a concepção do Estado Democrático de Direito, em que direitos fundamentais devem ser preservados do arbítrio do poder público. Assim, a jurisprudência do STF, bem como a do STJ, tem assegurado aos acusados em processo administrativo disciplinar a preservação de uma série de direitos fundamentais. Esse entendimento jurisprudencial aponta que o princípio da proporcionalidade se encontra devidamente reconhecido em nosso ordenamento jurídico.

Embora o princípio da proporcionalidade não se encontre expressamente delineado em nossa Carta Magna, sua presença, implícita, não pode ser desconsiderada, pois esse é um dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito. Com sua correta utilização, pode-se chegar a uma interpretação mais coerente com o ideal de justiça. Assim, diante de um aparente conflito, o aplicador pode optar pela via que, analisada sob o prisma proporcional,

seja mais adequada a atingir os fins a serem alcançados.

A essência dos direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito são ideias indissociáveis, e o ordenamento jurídico do Estado deve ser entendido como um sistema aberto de regras e princípios, assegurando a compatibilidade dos variados direitos em conflito.

O ato disciplinar deve compreender, além dos aspectos vinculados ou regradados, a noção de proporcionalidade. Infere-se que a proporcionalidade requer que a punição imposta guarde correspondência dosimétrica entre o fato irregular atribuído ao servidor e a penalidade imposta.

E a aplicação da penalidade de demissão não pode se manter afastada dessa dosimetria, como forma de legitimação do poder disciplinar, aplicando, no caso concreto, a justa medida e objetivando o alcance da plenitude do Estado Democrático de Direito.

## Referências Bibliográficas

CARVALHO NETO, Menelick. A contribuição do Direito Administrativo enfocado na ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: Um pequeno exercício de teoria da Constituição. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília. Abril a Jun., 2005, p. 67-84.

PAIXÃO, Cristiano. Arqueologia de uma Distinção: o Público e o Privado na Experiência Histórica do Direito. In: O Novo Direito Administrativo Brasileiro: O Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 19-50.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia em Faticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Fundação Mário Soares Grádiva Publicações, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro – 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.116.

COSTA, José Armando da. Direito Administrativo Disciplinar. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

TEIXEIRA, Marcos Sales. Anotações sobre Processo Disciplinar. Brasília: CGU, 2009.

MADEIRA, Vinicius de Carvalho. Lições de Processo Disciplinar, 1ª ed. Brasília, Fortium Editora, 2008.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância. Brasília: Editora Fortium, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PUIG, Manuel Rebollo. El Derecho Administrativo Sancionador. In: Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263-313.

OSÓRIO, Fábio Medina. O Conceito de Sanção Administrativa no Direito Brasileiro. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Org.) Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 315-359.

COSTA, José Armando da. Controle Judicial do Ato Disciplinar. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. 2. ed. São Paulo, SP: Dialética, 2004.

MENDES, Gilmar. Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

VERA, José Bermejo. La Postedad Sancionadora de La Administración. In: Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 245-262.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

D'ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 4, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>; consultado em 19/03/2009.

# Responsabilização disciplinar de diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista à luz do sistema de correição do Poder Executivo Federal

*Eduardo Athayde de Souza Moreira*, Bacharel em Direito, Analista de Finanças e Controle da CGU, atualmente lotado na CRG/COREC/CSMAPA.

## Introdução

O presente artigo aborda a responsabilização disciplinar de diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista<sup>1</sup>, considerando as atribuições da Controladoria-Geral da União como órgão central do sistema de correição do Poder Executivo Federal.

No que diz respeito às providências atinentes à correição, ou seja, ao desempenho de atividades voltadas para a apuração de irregularidades funcionais cometidas por agentes públicos no âmbito da Administração Pública Federal, a Controladoria-Geral da União conta em sua estrutura com uma Corregedoria-

Geral, que exerce as atribuições de órgão central do sistema de correição do Poder Executivo Federal.

Esse sistema de correição tem a sua estrutura definida pelo Decreto nº 5.480/05, com a Controladoria-Geral da União exercendo o papel de órgão central do sistema, as unidades setoriais atuando junto aos ministérios, e as unidades específicas de correição, relacionadas às entidades da Administração Pública vinculadas a cada ministério. No exercício das atribuições de órgão central (art. 15, inciso I, do anexo 1 do Decreto nº 5.683/06), pode a Corregedoria-Geral da União, em caráter excepcional, instaurar ou avocar processos administrativos ou sindicâncias, respeitadas quaisquer das condições

<sup>1</sup> Por vezes será usado, ao longo deste trabalho, o termo “empresas estatais”, para se referir às empresas públicas e sociedades de economia mista.

previstas no art. 4º, inciso VIII, do Decreto nº 5.480/05.

Considerando esse universo normativo, surge a seguinte questão: é possível a Controladoria-Geral da União exercer a sua atividade correccional, como órgão central, junto às empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades que integram a Administração Pública Federal mas não estão expressamente previstas no Decreto 5.480/05? E, caso positivo, essa atividade correccional alcançaria os cargos de direção dessas empresas?

## **1. Sistema de controle interno e sistema de correição da Controladoria-Geral da União**

O Decreto nº 3.591, de 6 de setembro de 2000, instituiu o sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, integrado, entre outros, pela Secretaria Federal de Controle Interno e pela Comissão de Coordenação de Controle Interno. As finalidades do sistema de controle interno elencadas pelo art. 2º do mencionado decreto são as mesmas previstas nos incisos do art. 74 da Constituição Federal de 1988.

O Decreto nº 4.177, de 28 de março de 2002, uniu esses órgãos à estrutura da então Corregedoria-Geral da União, que havia sido criada por meio da Medida Provisória nº 2.143-32, de 2 de abril de 2001, e tinha como finalidade assistir direta e imediatamente ao Presidente da República na defesa do patrimônio público, no âmbito do Poder Executivo Federal. Veio então a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, conversão da Medida Provisória nº 103, de

1º de janeiro de 2003, alterando o nome Corregedoria-Geral da União para Controladoria-Geral da União, e definindo suas atribuições no caput do art. 17, com a redação dada pela Lei nº 11.204/05, e que dispõe:

*“Lei n. 10.683,  
de 28 de maio de 2003*

*Art. 17. À Controladoria-Geral da União compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal.”*

A Controladoria-Geral da União ganhou corpo com a edição do Decreto nº 5.683, de 24 de janeiro de 2006, o qual definiu sua estrutura organizacional e atribuição de competências aos seus mais diversos órgãos, destacando-se, entre eles, como órgãos específicos singulares, a Secretaria Federal de Controle Interno, a Ouvidoria-Geral da União, a Corregedoria-Geral da União e a Secretaria de Prevenção à Corrupção e Informações Estratégicas.

E na estrutura da Controladoria-Geral da União, a Secretaria Federal de Controle Interno exerce as atribuições de órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, conforme o disposto no art. 10, inciso I, do Decreto nº 5.683/06. E de acordo com

o Decreto nº 3.591/00, artigo 8º, integram o sistema de controle interno:

- a Controladoria-Geral da União, como Órgão Central;
- as Secretarias de Controle Interno (CISSET) da Casa Civil, da Advocacia-Geral da União, do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Defesa, como órgãos setoriais;
- as unidades de controle interno dos comandos militares, como unidades setoriais da Secretaria de Controle Interno do Ministério da Defesa.

Para a Administração Pública Federal indireta, ficou a incumbência de organizar sua unidade de auditoria interna, sendo que, no caso de sua criação não se justificar, o regulamento da entidade deverá prever o desempenho dessa atividade por um auditor interno. Deverá ainda a unidade de auditoria, ou o auditor interno, estar vinculada a um conselho de administração ou órgão de atribuições semelhantes, sendo que, na ausência de ambos, a vinculação se dará ao dirigente máximo da entidade, vedada a delegação a outra autoridade. E em todo o caso, as unidades de auditoria interna se sujeitam à orientação normativa e à supervisão técnica do órgão central e dos órgãos setoriais do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, sendo que a dispensa, nomeação, designação ou exoneração do titular da unidade de auditoria interna só poderá acontecer se, depois de deliberação do conselho de administração ou órgão equivalente, por provocação do dirigente máximo da entidade, for aprovada pela Controladoria-Geral da União.

Para os serviços sociais autônomos, o chamado "Sistema S", ficou estipula-

do que, em caráter de recomendação, o órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal definirá as providências necessárias para a organização da respectiva unidade de auditoria interna, assim como fica aberta a possibilidade de ser firmado termo de cooperação técnica com o objetivo de fortalecer a gestão e racionalizar as ações de controle.

Pela descrição dos normativos em vigor, fica evidenciado o alcance do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, chegando a todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, seja direta, seja indireta, contando, se bem que sem natureza cogente, com a possibilidade de atuação no âmbito do "Sistema S".

E assim como a Controladoria-Geral da União é órgão central do sistema de controle interno de todo o Poder Executivo Federal, ela é também órgão central do sistema de correição.

O Decreto nº 5.480/05, tal como faz o Decreto nº 3.591/00 para o controle interno, dispõe sobre o sistema de correição do Poder Executivo Federal, definindo que a ele competirão as atividades relacionadas à prevenção e apuração de irregularidades no âmbito do Poder Executivo Federal, fazendo-se integrar por:

- Controladoria-Geral da União, como Órgão Central;
- unidades específicas de correição para atuação junto aos Ministérios, como unidades setoriais;
- unidades específicas de correição nos órgãos que compõem a estrutura dos Ministérios, bem como

de suas autarquias e fundações públicas, como unidades seccionais; e

- Comissão de Coordenação de Correição de que trata o art. 3º.

Comparando ambos os decretos que definem o sistema de controle interno e o de correição, surge a questão relacionada ao fato de que o Decreto nº 5.480/05 não fez menção expressa às empresas públicas e sociedades de economia mista como integrantes do sistema de correição do Poder Executivo Federal. Eis o teor do art. 2º do mencionado decreto:

Decreto n. 5.480, de 30 de junho de 2005

Art. 2º Integram o Sistema de Correição:

I - a Controladoria-Geral da União, como Órgão Central do Sistema;

II - as unidades específicas de correição para atuação junto aos Ministérios, como unidades setoriais;

III - as unidades específicas de correição nos órgãos que compõem a estrutura dos Ministérios, bem como de suas autarquias e fundações públicas, como unidades seccionais; e

IV - a Comissão de Coordenação de Correição de que trata o art. 3º.

Embora o Decreto não faça referência às empresas estatais, o caput do artigo 17 da Lei nº 10.683/03 menciona todas as providências que devem ser tomadas pela Controladoria-Geral da União, no âmbito do Poder Executivo Federal, o que necessariamente inclui as empresas estatais. Igualmente o artigo 18 da mesma lei determina que a Controladoria-Geral da União deve dar o devido andamento às representações

e denúncias que receber, relativas a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, velando por seu integral deslinde. Novamente aqui temos, incluídas implicitamente na determinação do citado artigo, as empresas estatais.

Como nem a Constituição Federal de 1988, nem a Lei nº 10.683/03, fazem distinção quanto à incidência do controle interno sobre a Administração Pública Federal, dando a entender que o controle deve ser exercido em toda a Administração Pública, seja direta, seja indireta, pode-se argumentar qual teria sido a natureza da omissão constante do Decreto 5.480/05.

Poderia tratar-se de um silêncio eloquente, ou seja, a simples omissão dessas entidades no Decreto deveria levar a conclusão de que o chefe do Poder Executivo não quisesse que as empresas estatais fizessem parte do sistema de correição? Ou, na expedição do Decreto, o chefe do Poder Executivo apenas disse menos do que tentou, cabendo então ao agente público proceder a uma interpretação extensiva, tal como às vezes ocorre na interpretação de algumas leis?

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 84, inciso IV, atribui competência privativa ao Presidente da República para sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. Para que o termo "fiel" constasse do texto constitucional, pretendeu o constituinte que toda lei publicada recebesse do Presidente da República a devida atenção, de modo a dotá-la de máxima eficácia. Não tolera o constituinte pontos obscuros de um decreto que obstaculizam o exercício de competências por parte da

Administração Pública ou o exercício de direitos dos administrados.

Portanto, não parece plausível que o decreto tenha, de propósito, excluído as empresas públicas e sociedades de economia mista do sistema de correição do Poder Executivo Federal pelo simples fato de não as mencionar. Como se vê, não está o chefe do Poder Executivo autorizado a utilizar o expediente do silêncio eloquente para regulamentar as leis.

E mesmo que as empresas estatais tenham personalidade jurídica de direito privado, por força do art. 173, § 1º, inciso II, isso não justifica a interpretação de que essas entidades não pertencem ao sistema de correição do Poder Executivo Federal.

O que ocorre é que, por força do mencionado artigo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

No que diz respeito às obrigações trabalhistas, as empresas estatais estão obrigadas a contratar pelo regime da CLT. Esse regime tem como característica ser contratual, com os seus dissídios sendo resolvidos pela Justiça do Trabalho. Não gozam, tal como os servidores públicos, da estabilidade de que trata o artigo 41 da Constituição Federal de 1988, e as regras relativas à aposentadoria são aquelas do regime geral de previdência social (FURTADO, 2007, p. 878/897).

Para os servidores públicos, que são aqueles ocupantes de cargo público, o

regime jurídico aplicável é o estatutário, querendo isso dizer que existe uma lei regulando a relação jurídica entre a Administração e o servidor. Como não é contratual, não existe espaço para discussão dos termos da relação jurídica, e as lides surgidas entre os servidores públicos e a Administração são resolvidas no âmbito da justiça federal. Os servidores estatutários possuem, ainda, um regime próprio de previdência social (FURTADO, 2007, p. 878/897).

Como o regime da CLT é de direito privado, e o regime estatutário, de direito público, e sendo as empresas públicas e as sociedades de economia mista obrigadas a adotar o primeiro, por força do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, a diferença entre esses regimes poderia dar margem a interpretação no sentido de que não há como as empresas estatais fazerem parte do sistema de correição do Poder Executivo Federal. Isso porque não haveria a necessária uniformidade de regimes e, conseqüentemente, pontos de contato que pudessem articulá-los na forma de um único “sistema”, com o escopo de “coordenar” e “harmonizar” as atividades de correição, precisamente os objetivos do Decreto nº 5.480/05.

Não obstante o argumento, cabe lembrar que a Emenda Constitucional nº 19/98 deu fim ao chamado regime jurídico único, possibilitando à Administração Pública Federal direta, autarquias e fundações contratar agentes públicos pelo regime celetista, desde que essas contratações não visem ao preenchimento de vagas para o exercício de atividades típicas de Estado. Portanto, considerando que uma enti-



dade autárquica faz parte do sistema de correição do Poder Executivo Federal e imaginando que ela contratasse pelo regime da CLT, então se teria de reconhecer que ela não faz parte do sistema de correição do Poder Executivo Federal, o que soa contraditório.

Assim, se o constituinte derivado não vislumbrou diferenças entre os regimes que inviabilizassem definitivamente a adoção pela Administração Direta das regras da CLT, não há porque considerar que as atividades de correição não possam se articular na forma de sistema. E mesmo que a Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, tenha trazido garantias adicionais aos empregados quanto à estabilidade funcional, ela não alterou significativamente o regime celetista.

É preciso entender que a norma do artigo 173, § 1º, inciso II, ao estabelecer o aspecto de direito privado para as empresas públicas e sociedades de economia mista, o fez unicamente para preservar o ambiente concorrencial do mercado, colocando-as em paridade com outras empresas privadas do mesmo ramo de negócio (DANTAS, 2006, p. 33).

Sendo assim, fazendo as empresas estatais parte do sistema de correição do Poder Executivo Federal, como demonstrado acima, pode o órgão central do sistema instaurar ou avocar, a qualquer tempo, processos administrativos ou sindicâncias, caso existam uma das seguintes condições:

- inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão de origem;

- complexidade e relevância da matéria;
- autoridade envolvida; ou
- envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade.

O fato de o sistema de correição abranger tanto o regime celetista quanto o estatutário levanta questionamentos pertinentes à figura dos diretores das empresas estatais. Mais especificamente, os questionamentos giram em torno da definição do cargo de diretor como empregado ou não da empresa. É importante registrar que essa definição tem implicações para a atuação correcional da Controladoria-Geral da União, na medida em que essa atuação se pauta na existência de subordinação jurídica, principal requisito para a definição de empregado<sup>2</sup> e pressuposto para a existência de um poder disciplinar, condição *sine qua non* para a atuação correcional. Caso exista a subordinação, existe o vínculo empregatício e, conseqüentemente, o poder disciplinar.

Esse tema da posição jurídica do diretor nas empresas estatais vem preocupando mais o Direito do Trabalho do que o Direito Administrativo, tendo em vista a tendência de profissionalização das esferas de comando das empresas de uma maneira geral, quebrando com a antiga identidade que havia entre o

2 De acordo com Maurício Godinho Delgado (2007, 301), a subordinação destaca-se como um dos pressupostos fáticos para a caracterização da relação de emprego, pelo fato de que “marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão). Será também a subordinação o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e o segundo grupo mais relevante de fórmulas de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo (as diversas modalidades de trabalho autônomo)”.

proprietário e o administrador (fenômeno que salta aos olhos no caso das empresas estatais) e trazendo indagações sobre se o diretor, nesses casos, seria um mero empregado, sujeito, portanto, ao regime celetista (DELGADO, 2007, p. 356). E considerando que as empresas estatais obedecem a um regime jurídico de direito privado, com necessidade de obediência a certas regras de direito público, vale a pena primeiramente abordar a questão sobre o prisma trabalhista.

No direito do trabalho, existem duas correntes posicionando-se sobre o assunto. A primeira, chamada de clássica, nega a possibilidade de coexistir, numa mesma pessoa, a figura do diretor e a do empregado, argumentando que a função de direção não é compatível com a subordinação jurídica presente na relação empregatícia. Essa incompatibilidade residiria no fato de o diretor ser mandatário da sociedade empresária, não podendo, portanto, dirigir, representar e, ao mesmo tempo, ser subordinado (DELGADO, 2007, p. 357). Outro argumento favorável à tese da incompatibilidade de situações reside na identificação do diretor como órgão da sociedade empresária. E sendo o diretor-órgão mais do que simples mandatário, pois que encarregado da condução superior do negócio, não poderia ser ao mesmo tempo subordinado (DELGADO, 2007, p. 357).

A segunda corrente, chamada moderna, afirma que existe vínculo de emprego no caso do diretor escolhido ou eleito para compor a diretoria de uma sociedade. Essa afirmação toma por base o artigo 157, § 1º, alínea “d”, da Lei nº 6.404/76, quando dispõe sobre

as obrigações do administrador da companhia aberta de revelar as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível (DELGADO, 2007, p. 358).

Igualmente existe o artigo 499 da CLT para dar suporte à corrente moderna, quando estatui que não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais (DELGADO, 2007, p. 358).

Também o artigo 62 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 8.966/94, contribui para reforçar a tese a favor da existência de vínculo de emprego, ao definir que não se aplicam as regras relativas à duração do trabalho aos gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto nesse artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial (DELGADO, 2007, p. 358).

Em que pesem os dois posicionamentos acima apresentados, a doutrina entende que é apenas no exame do caso concreto que se poderá dizer da existência de relação de emprego nos casos de função de direção, sendo inviável que essa determinação ocorra aprioristicamente. Esse entendimento doutrinário se encontra sedimentado no âmbito do TST, por meio de sua súmula 269, assim redigida: “O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se perma-

necer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego”.

Aliás, a redação da súmula contempla outra situação não aventada linhas atrás, que é a do empregado alçado à condição de diretor numa sociedade empresária. Considerando que o contrato de trabalho preexistia à eleição para o cargo de direção, a jurisprudência do TST filiou-se ao entendimento doutrinário que propugna pela suspensão do contrato de trabalho, numa adoção da corrente clássica. Esse posicionamento do TST, a respeito da suspensão do contrato de trabalho, não tem respaldo unânime na doutrina, havendo quem entenda que, na situação do empregado eleito diretor, ocorre a extinção do contrato de trabalho, por incompatibilidade de figuras.

Outra vertente entende haver mera interrupção da prestação de serviços por parte do empregado, entendimento esse oriundo do art. 499 da CLT. Nesse caso, o exercício do cargo de diretoria contaria como tempo de trabalho no emprego, havendo cumulação de vantagens trabalhistas com vantagens civis. Por último, há a interpretação de que o empregado eleito diretor continua empregado, aplicando-se a regra do art. 62 da CLT (DELGADO, 2007, p. 360/361).

## 2. O poder disciplinar no direito do trabalho e na Administração Pública

O que chama a atenção no debate acerca da posição jurídica do diretor na sociedade empresária, se existe ou não vínculo empregatício, é que a discussão

tem como pano de fundo a separação do cargo de diretor da propriedade da empresa (DELGADO, 2007, p. 356). Ou seja, a situação do diretor, de ser não proprietário da empresa, é condição *sine quae non* para que exista a controvérsia acerca da subordinação jurídica de que trata o art. 3º da CLT<sup>3</sup>.

O fundamento para a subordinação do empregado e, conseqüentemente, o fundamento para o poder de direção do empregador, de acordo com a doutrina moderna, reside no contrato de trabalho (MURARI, 2008, p. 46). Para o Direito Administrativo, a existência do poder disciplinar é uma decorrência lógica do poder hierárquico, que é o poder de organizar e fazer funcionar a máquina administrativa.

Ambos os poderes, não obstante aparentarem diferenças em suas formas jurídicas, possuem um desenvolvimento histórico paralelo e se ligam diretamente com o fundamento da controvérsia a respeito da posição jurídica da figura do diretor não proprietário, cujo exemplo reside nos cargos de direção das empresas estatais.

E para se chegar a essa ligação histórica, convém primeiramente fazer uma abordagem crítica da teoria que

3 A doutrina admite a existência de sócio, portanto, proprietário, que pode ser empregado. Nesse caso, a definição da situação jurídica depende de sua participação nos destinos do negócio: se prevalecerem as atividades típicas de sócio, excluída está a sua condição de empregado (DELGADO, 2007, p. 361). Como na presente discussão se está referindo a diretores com poderes de mando e representação, portanto imbuídos do espírito da *affectio societatis* tanto quanto um sócio qualquer, supomos que, se o diretor fosse também o proprietário, nunca poderia haver, nesse caso, vínculo empregatício. Justamente daí que vem a controvérsia a respeito da existência de relação de emprego para os casos dos diretores não proprietários.

aponta a subordinação jurídica no Direito do Trabalho como oriunda do contrato de trabalho.

O entendimento predominante, que afirma ser a subordinação verificada na relação empregador-empregado fruto de um contrato de trabalho, tem a intenção declarada de afastar o direito de propriedade como base para a subordinação (MURARI, 2008, p. 94). No entanto, a controvérsia a respeito da posição do diretor não proprietário parece apontar para alguma relevância do direito de propriedade.

A propriedade privada aqui referida, no contexto do Direito do Trabalho, significa a propriedade privada dos meios de produção, detida pelo empregador. Em contraposição a essa propriedade, existe a venda da força de trabalho efetuada pelo empregado. E para que a engrenagem capitalista comece a funcionar, é necessário que tanto meio de produção como força de trabalho se encontrem no mercado e se unam para dar início a produção em massa. O Direito do Trabalho é fruto dessa história, como atesta Maurício Godinho Delgado (2007, p. 85):

*O elemento nuclear da relação empregatícia (trabalho subordinado) somente surgiria, entretanto, séculos após a crescente destruição das relações servis. De fato, apenas já no período da Revolução Industrial é que esse trabalhador seria reconectado, de modo permanente, ao sistema produtivo, através de uma relação de produção inovadora, hábil a combinar liberdade (ou melhor, separação em face dos meios de produção e seu titular) e subordinação. Trabalhador separado dos meios e produção (portanto juridicamente livre),*

*mas subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário (ou possuidor, a qualquer título) desses mesmos meios produtivos – eis a nova equação jurídica do sistema produtivo dos últimos dois séculos. (destaque no original) (negrito)*

(...)

*O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho.*

De importância nessa passagem é o fato de que o Direito do Trabalho regula uma relação de trabalho que pressupõe não apenas a propriedade privada dos meios de produção, mas também a sua separação do trabalhador. Ou seja, tão importante quanto o empregador ser proprietário dos instrumentos de trabalho é o empregado não o ser<sup>4</sup>. É essa separação, e não a propriedade privada em si, o elemento que fundamenta a subordinação, de um lado, e o poder disciplinar, de outro<sup>5</sup>.

4 Modernamente a emergência das sociedades anônimas atenuou esse aspecto do regime capitalista. No entanto, a subordinação, e como consequência a relação de emprego, permanecem presentes caso se constate tratar de acionista com condições de influência decisiva nos destinos da empresa (BARROS, 2007. p. 268).

5 Outro elemento da produção capitalista que deixa transparecer o poder de direção do empregador, e a correspondente subordinação, é a cooperação.

E pode-se dizer que essa separação constitui fundamento para o Direito do Trabalho, porque, assim como esse ramo do direito é consequência da forma capitalista de produção, essa separação é igualmente própria do regime capitalista. Corroboram essa última assertiva as palavras de Marx (1982, 172):

*A relação capitalista supõe a separação entre os operários e a propriedade nas condições de realização de seu trabalho. Desde que a produção capitalista*

---

Colhe-se da obra de Marx o seguinte trecho: “O comando do capital no trabalho não parece ser senão a consequência formal do fato de que o operário, ao invés de trabalhar para si mesmo, trabalharia para o capitalista, e consequentemente sob as ordens deste. Mas, com a cooperação de numerosos assalariados, este comando do capital torna-se uma necessidade para a própria execução do processo de trabalho, uma real condição para a produção. No campo da produção, as ordens do capitalista são tão indispensáveis quanto as do general no campo de batalha” (Marx; BORCHARDT, 1982, p. 61/62). Não obstante, o próprio Marx distingue a cooperação capitalista de outras formas de cooperação existentes em períodos anteriores da história, quando afirma que, naquela, o trabalhador se acha livre para vender a força de trabalho, ou seja, separado dos meios de produção. Veja-se o seguinte parágrafo: “A cooperação no processo de trabalho, tal como a vemos predominar no início da civilização, entre os povos caçadores ou ainda na agricultura das comunidades indianas, baseia-se por um lado na propriedade em comum das condições da produção e por outro lado no fato de que o indivíduo permanece também intimamente ligado à sua tribo ou à sua comunidade como a abelha à sua colméia. Por essas duas características ela se distingue da cooperação capitalista. O emprego esporádico em grande escala da cooperação no Mundo Antigo, na Idade Média e nas colônias modernas baseia-se nas relações imediatas de domínio e servidão, principalmente na escravatura. A força capitalista, ao contrário, supõe em primeira abordagem a existência de um assalariado livre, que vende sua força de trabalho ao capital. Mas historicamente ela se desenvolve em oposição à agricultura e ao exercício independente dos artesãos, possuindo estes, ou não, a forma cooperativa. Quando se estabelece uma relação, a cooperação capitalista não aparece como uma forma particular de cooperação; mas aparenta ser uma característica particular e específica do modo capitalista de produção” (MARX; BORCHARDT, 1982. p. 64) (destaque no original).

*se torna independente, não se satisfaz em manter tal separação; ela a reproduz numa escala sempre maior. O processo que cria a relação capitalista não pode ser, assim, senão o processo que estabelece a dissociação entre o operário e seus meios de trabalho. A acumulação dita primitiva é, portanto, esse processo de dissociação entre o produtor e os meios de produção.*

A vantagem da análise precedente é que ela serve igualmente de fundamento para a existência do poder disciplinar na Administração Pública. Max Weber (2003, p. 14/18) notou a existência de um paralelismo entre a evolução do Estado e a do empreendimento capitalista, asseverando que:

*Para manter a dominação pela força, tal como numa organização econômica, são necessários certos bens materiais, razão pela qual todos os Estados podem ser classificados na medida em que se fundamentam na posse dos meios administrativos pelos funcionários ou magistrados ou no fato de seu pessoal burocrático achar-se separado desses meios de administração. Tal distinção é estabelecida quando nos referimos ao fato de nas empresas capitalistas os empregados assalariados e o proletariado estarem separados dos meios materiais de produção. O detentor do poder precisa contar com a obediência dos funcionários, dos membros de sua equipe. Os recursos administrativos podem consistir em dinheiro, edifícios, material de guerra, cavalos, veículos e muitas outras coisas. O problema central é saber se o detentor do poder dirige e organiza pessoalmente a administração, delegando o poder executivo a funcionários de sua confiança, funcionários assalariados,*

*membros de sua família que não são proprietários, isto é, que não utilizam os meios administrativos com plenos direitos, ou, se pelo contrário, são dirigidos pelo chefe. Essas diferenciações aplicam-se a quaisquer organizações administrativas que já existiram.*

*(...)*

*Em qualquer lugar, o desenvolvimento do Estado moderno inicia-se pela ação do soberano. É ele quem cria as condições necessárias à expropriação dos poderes autônomos privados que possuem o poder de administrar os insumos financeiros, o exército, assim como bens politicamente úteis de qualquer tipo. No conjunto, observa-se um paralelismo com o desenvolvimento da empresa capitalista por meio da expropriação gradual dos produtores autônomos. Finalmente, temos o Estado moderno que exerce o controle dos recursos políticos administrativos sob direção monocrática. Nele, nenhum funcionário detém pessoalmente os recursos financeiros, nem é proprietário dos edifícios, instrumentos ou apetrechos de guerra de que dispõe. No Estado contemporâneo – e isso é essencial para o conceito de Estado –, realiza-se plenamente a separação entre os recursos materiais e os funcionários e trabalhadores na organização administrativa. (destaques no original)*

Percebe-se, portanto, que o Poder Disciplinar, não obstante os regimes jurídicos trabalhista e administrativista, possui essa origem histórica associada à separação entre os meios e os indivíduos, promovida tanto pelo regime capitalista quanto pelo Estado moderno. Essa conclusão inclusive corrobora o que foi dito linhas atrás sobre a possibilidade tanto do regime estatutário como

do celetista poderem integrar o sistema de correição do Poder Executivo Federal.

E na seara trabalhista, pode-se identificar os trabalhadores como submetidos ao poder disciplinar, assim como os diretores não proprietários que preenchem os requisitos do art. 3º da CLT, havendo ainda quem entenda que não existe incompatibilidade entre a figura do sócio e a do empregado (DELGADO, 2007, p. 361). Os empregadores, por outro lado, seriam os responsáveis pelo exercício do Poder Disciplinar.

No caso daqueles que fazem parte do aparelho de Estado, essa identificação não é tão imediata, tendo em vista serem mais variados os tipos de relação jurídica travadas entre seus diversos agentes e o Estado. A partir de agora, passa-se então para o estudo da classificação dos agentes públicos.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (art. 1º, parágrafo único, da CF/88). Partindo desse dispositivo, identificam-se os agentes políticos, responsáveis pela condução do Estado e posicionados no topo da hierarquia administrativa. De acordo com a classificação administrativista dos agentes públicos, são agentes políticos os representantes eleitos, responsáveis pelo exercício do poder, tais como o Presidente da República, Governador de Estado e os titulares de mandato no poder legislativo. Igualmente são agentes políticos os ministros de Estado e os secretários do Governador. Há quem entenda também que são agentes políticos, afora os represen-



tantes eleitos, os membros da magistratura e os Ministério Público (FURTADO, 2007, p. 885/886).

Na Administração Pública Federal, portanto, temos como agentes políticos o Presidente da República, encarregado de exercer a direção superior da Administração Federal, e os ministros de Estado, que o auxiliam nessa tarefa (art. 84, II, da CF/88). São esses os agentes que estão no topo da hierarquia administrativa, podendo-se dizer que detêm o poder disciplinar<sup>6</sup> de maneira primária, já que a esse mesmo poder não se submetem. À medida que a estrutura da Administração Pública vai se desdobrando em órgãos e entidades por meio das técnicas de desconcentração e descentralização, o poder disciplinar vai por elas se espraiando, de modo a manter todo o aparelho de Estado coeso e organizado. Isso significa que o exercício do Poder Disciplinar pode, em determinados graus, ser exercido pelas diversas autoridades da Administração Pública, que, de maneira reflexa, também estão sujeitas a esse mesmo poder. É nesse sentido que se diz que os agentes políticos são detentores do poder disciplinar de maneira primária, porque essa reflexividade a eles não se aplica.

6 Exemplo desse poder disciplinar exercido pelos agentes políticos pode ser encontrado na Lei nº 8.112/90 e no Decreto nº 3.035/99, delegando aos ministros de Estado a competência do Presidente da República para, por exemplo, aplicar a pena de demissão aos servidores públicos. Nos regulamentos disciplinares da Marinha (Decreto nº 88.545/83), da Aeronáutica (Decreto nº 76.322/75) e da Polícia Federal (Lei nº 4.878/65), também encontramos exemplos do poder disciplinar sendo exercido pelo Presidente da República. Curiosamente, no atual regulamento disciplinar do Exército (Decreto nº 4.346/02), não existe previsão de penalidades a serem aplicadas pelo Presidente da República, que era o que ocorria com o antigo regulamento (Decreto nº 79.985/77).

É essa necessidade que o Estado tem de descentralização e desconcentração para melhor atingir os seus fins, com a conseqüente reflexividade do Poder Disciplinar daí advinda, aliada aos variados tipos de agentes públicos, que torna a questão da identificação de quem se submete ao poder disciplinar mais intrincada.

E para auxiliar nessa identificação, parte-se do conceito de relação especial de sujeição. Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 157/158) discorre sobre esse conceito, que teve berço na Alemanha do século XIX, aduzindo que ele tratou de dar justificação teórica para Administração Pública se organizar com ampla liberdade, ou seja, à revelia da lei. Nesse sentido, a sujeição é especial, pois oposta à sujeição geral dos particulares à Administração, que deveria sempre ocorrer por meio da lei. Eis a seguinte transcrição:

*Ao lado da situação de sujeição geral que marca a relação dos particulares com o Estado, fruto do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, é possível identificar uma situação de sujeição especial, que atinge não a todos os particulares indiscriminadamente, mas apenas os particulares que mantêm com o Estado uma relação específica, em virtude do seu ingresso no seio do aparato administrativo. Fala-se, então, em relação de sujeição especial, caracterizada por uma submissão mais aguda do particular à Administração Pública, já que ele está agindo no âmbito do aparelho estatal. É o caso dos servidores públicos, dos prisioneiros, dos*



*usuários de certos serviços prestados pelo Estado.*

Para Renato Alessi a configuração de uma situação de sujeição especial depende de dois elementos: (i) o ingresso do particular na esfera da Administração Pública e (ii) a insuficiência “del comune potere di polizia, esplicazione della normale supremazia gerenziale dell’Amministrazione”, para disciplinar o comportamento do particular. Vale dizer, os poderes atribuídos ao Estado no campo das relações de sujeição especial justificam-se em função da necessidade de disciplinar, de modo mais intenso, a atuação dos particulares que ingressam no aparelho estatal.

O período em que prevaleceu a teoria da relação especial de sujeição correspondeu ao período em que a Administração Pública regulamentou as relações com os particulares integrantes de sua estrutura de maneira unilateral, o que acabou por levar a críticas baseadas na obrigatoriedade de observação do princípio da legalidade, mesmo para lidar com as situações regidas pelas relações especiais de sujeição. Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 160/161) explica:

*A ideia de que há um campo em que a Administração Pública pode agir sem observância do princípio da legalidade é incompatível com o Estado de Direito. Surge a teoria das relações de sujeição especial na Alemanha do final do século XIX, sob a influência de circunstâncias políticas e jurídicas da época. Mas num verdadeiro Estado de Direito a ideia não pode prosperar. Assim, é que na própria Alemanha, após o advento da Constituição de Bonn, doutrina e juris-*

*prudência foram paulatinamente rechaçando a instituto das relações de sujeição especial, considerado como “uma lacuna no Estado de Direito”. Em outros países o recurso indiscriminado à figura das relações de especial sujeição, que justificou atuações arbitrárias da Administração Pública, faz com que a doutrina analise o tema com cautela e reserva, havendo referências à “sombra del fantasma de las relaciones especiales de sujeción”.*

Essa confrontação do conceito de relação especial de sujeição com o princípio da legalidade, no entanto, não levou a que o primeiro fosse abolido, mas apenas a que fossem rechaçadas suas consequências. Admite-se, por exemplo, que o Estado discipline, para os particulares que se inserem no conceito de relação especial de sujeição, determinadas situações, por meio de regulamentos internos. Assim, Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 164/165) conclui que:

*Em suma, o princípio da legalidade aplica-se tanto às relações de sujeição geral como às de sujeição especial. Porém, no campo das relações de sujeição especial a previsão legal exaustiva das obrigações que podem ser impostas aos particulares é impossível. Em tais casos admite-se que a própria Administração Pública estabeleça obrigações que não tenham expressa previsão na lei formal, desde que o legislador lhe tenha outorgado tal competência.*

O que importa reter da discussão precedente são os elementos enumerados para considerar um particular sujeito à relação especial de sujeição<sup>7</sup>:

7 Observe-se que esses dois elementos estão em linha com o argumento de Alice Monteiro de Barros

- ingresso do particular na esfera da Administração Pública;
- insuficiência do poder de polícia para disciplinar a relação com o particular.

É essa insuficiência do poder de polícia que abre espaço para a existência do Poder Disciplinar na Administração Pública. Trata-se de uma forma intermediária de o Estado lidar com determinados sujeitos de direito que ingressam no seu âmbito, quer porque uma previsão exaustiva na lei se mostre impossível, dada a infinidade de situações que potencialmente podem envolver o Estado e o particular, de modo que a própria lei outorga à Administração o poder para regulamentar suas situações jurídicas, quer porque o exercício puro e simples do poder de polícia se mostre medida exagerada.

A partir dos critérios acima enumerados, portanto, é possível identificar quais as categorias de agentes públicos que podem ser consideradas como possuindo uma relação especial de sujeição com o Estado. De acordo com a classificação dos agentes públicos proposta por Lucas Rocha Furtado, além dos agentes políticos, existem os servidores públicos, os servidores temporários, os empregados públicos, os agentes delegados, os agentes honoríficos e os militares (FURTADO, 2007, p. 885). Quanto aos servidores públicos, também chamados estatutários, a Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos

(2007, p. 595), para se opor à corrente que nega a existência do poder disciplinar do empregador. Em vez de a autora se referir à “insuficiência do poder de polícia”, fala em “inaplicabilidade, em certos casos, dos mecanismos civis de resolução do contrato por descumprimento da obrigação pela outra parte e de indenização pelos danos”. Em todo o caso, a regulamentação do poder disciplinar deve-se dar para além do poder de polícia ou/ para além do direito civil.

servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, trata do regime disciplinar em seu Título IV, estabelecendo os deveres, as proibições, prevendo as penas, quem as deve aplicar, e estabelecendo um rito próprio para sua aplicação. Para os policiais federais, igualmente servidores públicos, existe estatuto próprio (Lei nº 4.878/65) com disposições equivalentes nos Capítulos VII a XI.

Aos servidores temporários, regidos pela Lei nº 8.745/93, embora ingressem nos quadros da Administração Pública por meio de contrato, aplicam-se diversas disposições de natureza disciplinar previstas para os servidores estatutários, conforme previsão no seu art. 11. O art. 10 fala da apuração das infrações disciplinares, que será feita mediante sindicância, assegurando ao infrator ampla defesa.

Aos empregados públicos servem as previsões de penalidades constantes da CLT (arts. 158, 474, 482) e os ritos específicos de apuração de responsabilidade que vierem a ser previstos em regulamentos internos.

Os agentes delegados, na definição de Lucas Rocha Furtado (2007, p. 895), são pessoas físicas que desempenham atividades estatais remuneradas pelos particulares usuários dos seus serviços. Para esse mesmo autor:

*Notários e registradores, tradutores oficiais e leiloeiros, em razão de delegação do poder público, desempenham atividades estatais em seus próprios nomes e sob fiscalização do Estado. A remuneração dos agentes delegados não é paga pelos cofres públicos, mas pelos*

*usuários dos serviços. Este aspecto é essencial para caracterização do agente público delegado.*

No caso dos notários e registradores, a Lei nº 8.935/94 dispõe, nos Capítulos V e VI, os direitos e deveres inerentes à função pública, define as infrações disciplinares e as penalidades. No caso dos tradutores oficiais e leiloeiros, existem disposições de ordem disciplinar constantes, respectivamente, dos Decretos nº 13.609/43 (Estabelece novo Regulamento para o ofício de Tradutor Público e Intérprete Comercial no território da República) e nº 21.981/32 (Regula a profissão de Leiloeiro ao território da República).

Ao lado dos agentes delegados, existem os agentes honoríficos, descritos por Hely Lopes Meirelles, *apud* Lucas Rocha Furtado (2007, p. 897):

*São cidadãos convocados, designados ou nomeadas para prestar, transitariamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração. Tais serviços públicos constituem o chamado *múnus público*, ou serviços públicos relevantes, de que são exemplos a função de jurado, de mesário eleitoral, de comissário de menores, de presidente ou membro de comissão de estudo ou de julgamento e outros dessa natureza.*

Pelo fato de esses agentes não possuírem nem vínculo estatutário ou empregatício, sendo normalmente não remunerados, seja pelo Estado, seja pelos

particulares, não há disposições disciplinares a eles aplicáveis, cabendo apenas a sujeição geral ao poder de polícia.

Os militares (das Forças Armadas e das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios, conforme art. 142, caput, e § 3º, e art. 42, da CF/88), por óbvio que se submetem a regime disciplinar, sendo que cada arma possui um regulamento disciplinar próprio (Decreto nº 4.346/02, que aprova o regulamento disciplinar do Exército; Decreto nº 88.545/83, que aprova o regulamento disciplinar para a Marinha; Decreto nº 76.322/75, que aprova o regulamento disciplinar da Aeronáutica; e o Decreto Estadual nº 23.317/02, que manda aplicar o regulamento disciplinar do Exército para a polícia militar e corpo de bombeiro militar do Distrito Federal).

Como se pode perceber do acima exposto, um critério preliminar para identificar uma relação especial de sujeição entre o Estado e determinada categoria de agente público é verificar a existência de estatutos que, por sua especificidade, não possam ser considerados como fundamento para o exercício do poder de polícia. Desse modo, verifica-se que tanto os agentes políticos como os agentes honoríficos não possuem com o Estado relação especial de sujeição, já que para eles não existem estatutos previstos em leis ou decretos regulamentando a utilização do poder disciplinar.

Assim, a questão referente à possibilidade de responsabilização disciplinar dos diretores de empresas estatais fica reduzida ao enquadramento desses par-

ticulares nas diversas espécies de agentes públicos.

O Decreto-lei 200/67, em seu art. 26, estabelece que a supervisão ministerial sobre os órgãos da administração indireta será exercida com a adoção de medidas tais como indicação ou nomeação pelo Ministro ou, se for o caso, eleição dos dirigentes da entidade, conforme sua natureza jurídica, e designação, pelo Ministro, dos representantes do Governo Federal nas Assembleias Gerais e órgãos de administração ou controle da entidade. Percebe-se, pois, por essas regras, que a nomeação, a indicação e a designação para o exercício dos cargos de direção nas empresas estatais são feitas por agentes políticos.

E para Lucas Rocha Furtado Furtado (2007, p. 673), a natureza da supervisão ministerial é essencialmente política:

*Utilizada a técnica da descentralização, não há que se falar em hierarquia, mas em vinculação administrativa. A direção a ser exercida nestas relações, que alcançam e vinculam as diversas entidades administrativas (que compõem a Administração Pública indireta) à respectiva entidade política (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), é feita mediante a possibilidade de nomeação e afastamento dos agentes incumbidos da gestão das entidades administrativas.*

Na vinculação administrativa, o controle é político e mais limitado do que o que se verifica no âmbito interno de uma entidade. Não é possível, por exemplo, aos que exercem o po-

der de direção (no âmbito da entidade política) dar ordens ou rever os atos praticados pelos gestores das entidades administrativas. Cabe a esses observar as orientações emanadas da esfera política; se não o fizerem, a responsabilidade deve ser exclusivamente política: afastamento do cargo.

Logo, poder-se-ia argumentar que os diretores das empresas estatais não são alcançados pela hierarquia na sua relação com o Estado, não podendo portanto estar sujeitos ao poder disciplinar da Administração Pública. E esse raciocínio poderia levar ainda à conclusão de que os diretores das empresas estatais se enquadrariam na categoria de agentes políticos.

No entanto, esse raciocínio merece algumas ponderações. De acordo com o conceito de relação especial de sujeição, o Estado mantém com os particulares relações específicas, que não podem ser adequadamente resolvidas no âmbito do poder de polícia, seja pela especificidade da relação a ser regulada, seja pela consequência desproporcional para o particular que o poder de polícia poderia acarretar. Surge então a questão de se investigar quais matérias necessitam ser regulamentadas para além desse poder de polícia.

Linhas atrás ficou exposto que o Estado moderno promoveu a separação total entre os meios administrativos e o pessoal burocrático. A consequência dessa separação reside em que uns detêm o poder disciplinar e outros a ele se submetem, tal como na relação trabalhista. E os detentores do Poder Disciplinar, assim como na empresa capitalista, seriam os seus proprietários.

No caso de uma democracia como a brasileira, o “proprietário” dos meios administrativos seria o povo, já que todo poder emana dele. No entanto, assim como é impossível a realização de uma democracia direta no Brasil, é impossível o exercício do Poder Disciplinar por todo o povo, de modo que, para fins meramente práticos, se fazem necessários representantes eleitos para que exerçam o poder.

No caso do Poder Executivo, o representante eleito seria o Presidente da República. E como o representante do povo precisa ser lembrado de que não é o detentor dos meios administrativos do Estado, eleições periódicas são efetuadas para a troca de mandatário ou validação do mandato prévio, no caso de reeleição.

Para os auxiliares diretos do Presidente da República, seus ministros de Estado, a situação é mais instável, porque não possuem mandato, podendo ser excluídos dos quadros do Estado *ad nutum*. O que importa considerar do que foi dito acima é que, se os agentes políticos não desempenham suas atribuições conforme as expectativas dos eleitores em geral, o próprio processo político previsto na Constituição e nas leis específicas se encarrega de excluí-los da direção superior da Administração Pública. Ou seja, não se aplica no caso o conceito de relação especial de sujeição, pois se trata de uma questão meramente política.

Já nos demais escalões dessa Administração, ou, em outros termos, no caso dos demais agentes públicos, não é o processo político que define o seu ingresso, sua permanência e seu

desligamento. Para esses agentes, existem regras que estabelecem as atribuições, a maneira de desempenhá-las e as sanções para o não desempenho ou o desempenho insatisfatório, que possa comprometer a regularidade do serviço público. Nesses casos, portanto, o exercício das atribuições, relacionado com a regularidade do serviço público, é avaliado pela lei, e não pelo processo político.

Considerando que, para cada ente administrativo, existem regras muito específicas que se preocupam com essa regularidade na prestação do serviço, percebe-se que a responsabilidade pela avaliação no exercício das atribuições de uma função pública não pode ficar a cargo do poder de polícia. Ou seja, um critério para se aferir a existência de uma relação especial de sujeição seria a previsão legal de cobrança de um desempenho satisfatório no exercício da função pública.

É justamente o que ocorre no caso dos diretores das empresas estatais. O art. 173, § 1º, inciso V da CF/88 estabelece que lei deverá dispor sobre os mandatos, a avaliação de desempenho<sup>8</sup> e a responsabilidade dos adminis-

8 A avaliação de desempenho de que trata o art. 173, §1º da CF, pode significar, embora não exclusivamente, a prática de atos de gestão. Sobre a dificuldade de incidir o Poder Disciplinar sobre esse tipo de ato, ver Fábio Meda Osório (2005, p. 116/119): “As medidas de responsabilidade por incumprimento de deveres de gestão, normalmente no setor público, nem sempre podem ser confundidas com sanções administrativas. Tais medidas traduzem efeitos aflitivos e não se confundem com as medidas coativas, ressarcitórias ou de coerção. Não se trata de medidas cautelares, que busquem assegurar ou proteger direitos ameaçados. Nem se cogita, aqui, de mera recomposição de danos, ou de indenizações por prejuízos materiais ou morais causados pelo sujeito. Entendo que estas medidas talvez sejam mais problemáticas e nebulosas, no to-

tradores. Reconhecer a necessidade de definir responsabilidades e avaliar o desempenho implica afastar a aplicação do poder de polícia no caso de mau desempenho ou desempenho insatisfatório dessa categoria de agente público, colocando-a numa relação especial de sujeição ao Estado.

No entanto, a lei mencionada no art. 173, § 1º, inciso V da CF/88, ainda não foi editada. E como o Poder Disciplinar não prescinde de lei para o seu exercício, constitui obstáculo insuperável o controle sobre os atos praticados por esses agentes públicos, especialmente o controle exercido pelo sistema de correição.

Podem-se aproveitar, todavia, os ensinamentos da doutrina trabalhista, sobre a possibilidade de responsabilização do diretor de uma sociedade empresária, desde que preexista o vínculo trabalhista, que, nesse caso, fica suspenso, em virtude do entendimento da súmula 269 do TST. Nesse caso, o poder disciplinar atuaria sobre o vínculo trabalhista, que não foi extinto.

Não obstante essa possibilidade, a responsabilização de fato desses agentes carrega algumas questões práticas. Mesmo que venha a ocorrer a responsabilização disciplinar do empregado eleito diretor, vindo o contrato de tra-

---

cante ao regime jurídico incidente e contornos aplicáveis, mormente porque desempenham funções subsidiárias ou residuais, se comparadas com as medidas ressarcitórias. [§] Os controles e responsabilidades dos gestores adentram domínios muito diversificados, de tal sorte que afetam espaços com marcos regulatórios absolutamente distintos e, eventualmente, repletos de espaços discricionários, tanto aos controladores, quanto aos controlados, o que retira essa espécie de transgressão do campo do Direito Administrativo Sancionador, posicionando-o noutra patamar.”

balho a se extinguir, não fica claro de que maneira essa extinção afetaria o seu mandato, na medida em que o contrato de trabalho não é condição necessária para a sua existência, sendo perfeitamente possível que o diretor empregado perca o seu vínculo trabalhista e, mesmo assim, seja nomeado para assumir cargo de direção na mesma pessoa jurídica em que perdeu o emprego ou em outra qualquer. Embora, a depender do motivo da perda do vínculo, possa-se considerar essa nomeação uma imoralidade (e violação ao art. 37 da CF/88), não existem instrumentos administrativos capazes de lidar com essa situação, restando unicamente a via judicial. Nem mesmo o responsável pela nomeação seria sujeito a responsabilização disciplinar, já que seria agente político.

Conclui-se, portanto, que apenas nessa débil hipótese é possível ao sistema de correição do Poder Executivo Federal proceder a uma apuração disciplinar contra diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista.

## Conclusão

O objetivo deste ensaio foi o de investigar a possibilidade de responsabilização disciplinar de diretores de empresas públicas e sociedades de economia mista. Partindo do fato de que a Constituição Federal de 1988 prevê que lei deverá dispor sobre a avaliação de desempenho desses agentes públicos, e de que tal avaliação é incompatível com o conceito de agente político, concluiu-se que os diretores das empresas estatais poderiam se sujeitar a responsabilização disciplinar. No entanto, como a lei de que trata a



Constituição Federal ainda não foi editada pelo legislador ordinário, não é possível o exercício do controle, em especial o controle do sistema de correição, sobre os atos desses agentes.

Uma noção que se deixou transparecer no presente estudo é a de que todos aqueles que fazem parte do poder público, sejam agentes políticos, sejam agentes de qualquer outra categoria, mantêm com o Estado uma relação especial de responsabilidade, proporcional às suas atribuições. Para o Presidente da República e seus ministros, por exemplo, existe a Lei nº 1.079/50, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Igualmente existem as corregedorias da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, além de existirem regras disciplinares para os membros da magistratura e do Ministério Público.

Vistas as coisas por esse ângulo, os diretores das empresas estatais desfrutam de uma posição extremamente

privilegiada no seio da Administração Pública, considerando que assumem posições de elevada monta (em termos de prestígio e em termos financeiros), sem que sequer exista estatuto fixando suas responsabilidades. Daí se percebe a gravidade da omissão legislativa, que não dá concretude ao comando constitucional do art. 173, § 1º, inciso V da CF/88.

Se a mencionada norma vier a ser discutida nas casas do Congresso Nacional, seria interessante debater a integração desse diploma legal com a missão da Controladoria-Geral da União de proteger o patrimônio público, constante do art. 18 da Lei nº 10.683/03. Dessa forma, aproveitar-se-ia a expertise da Controladoria-Geral da União na apuração das infrações disciplinares que provocam enriquecimento ilícito e dano ao erário, transplantando-a para o campo dos atos praticados por diretores. Esse seria mais um avanço no aprimoramento das atividades de controle no Brasil.

## Referências Bibliográficas

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

COSTA DANTAS, Arsênio José da. "O controle externo das operações de crédito realizadas pelas sociedades de economia mista bancárias". In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). Sociedade Democrática, Direito Público E Controle Externo. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 6 ed. São Paulo: LTR, 2007.

MURARI, Marlon Marcelo. Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado. São Paulo: LTR, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2007.

MARX, Karl; BORCHARDT, Julian. O capital: edição resumida. 7 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WEBER, Max. A política como vocação. Brasília: UnB, 2003.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. São Paulo: Malheiros, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



# Prescrição no processo administrativo disciplinar<sup>1</sup>

**Emilia Cassia de Sousa**, Bacharelado em Ciências Contábeis e Direito (PUC-Goiás), Especialista em Direito Administrativo Disciplinar (Unb), Analista de Finanças e Controle da CGU.

## Introdução

É objeto de estudo deste trabalho a prescrição no Processo Administrativo Disciplinar, com particular atenção à aplicação da prescrição penal.

De início, constata-se que, embora haja expressa determinação legal (art. 142, §2º, da Lei 8.112/90, *in verbis*: “Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime”), não é o que geralmente ocorre na prática.

Usualmente o reconhecimento da prescrição se restringe à prevista no referido artigo 142, ignorando-se o previsto no citado parágrafo, ainda que o ilícito administrativo também se tenha mostrado infração penal, sendo raros os casos em que os prazos previstos no Código Penal tenham sido utilizados.

Os termos gerais expressos no estatuto administrativo dificultam o seu efetivo cumprimento, abrindo margem a interpretações extensivas, o que não se vislumbra possível em se tratando do instituto prescricional.

Ao contrário, a observância adequada do prazo prescricional nos procedimentos administrativos, principalmente o previsto na legislação penal, representa a concretização dos objetivos presentes nos princípios e preceitos constitucionais e infraconstitucionais. Além disso, possibilita o efetivo cumprimento das decisões neles exaradas, a redução do montante de processos arquivados em decorrência do excesso de prazo para sua conclusão, com todas as penalidades administrativas prescritas, bem como o impedimento de imposição daquelas já prescritas, posto que, em muitos casos, o prazo previsto na lei penal é menor que o previsto inicialmente para as faltas administrativas.

Tem-se vivenciado que o instituto da prescrição não tem sido utilizado na amplitude que a legislação prevê. De modo geral, a conclusão dos procedimentos administrativos é demorada, muitas vezes pela ausência de pessoal capacitado e disponível, e a decisão somente é proferida após concretizada a prescrição ordinária. Isso inviabiliza a aplicação da pena correspondente à infração praticada pelo servidor, resultando apenas em anotação das penalidades cabíveis nos assentamentos funcionais de servido-

<sup>1</sup> Aqui o enfoque se restringe ao âmbito da Lei nº 8.112/90.

res que comprovadamente cometeram infrações administrativas.

O legislador previu, também na Lei 8.112/90, prazo suficiente para a realização de todo o procedimento, com respeito aos princípios constitucionais e legais. Uma vez que se conclua pela responsabilização do servidor, deve lhe ser aplicada punição correspondente no âmbito administrativo.

E, nos casos de maior gravidade, comprovado o cometimento de infração administrativa também tipificada como crime, o prazo previsto para aplicação da sanção administrativa passa a ser aquele previsto no Código Penal, ainda que a infração tenha sido apurada no Processo Administrativo Disciplinar.

Diante disso, o domínio do instituto prescricional auxilia uma investigação mais cuidadosa e profunda dos procedimentos administrativos, além de dar maior efetividade às decisões decorrentes, as quais seriam realmente cumpridas.

Soma-se a isso que a ampliação do prazo para apuração das infrações administrativas torna os procedimentos administrativos disciplinares mais eficazes, previne a ocorrência de outras irregularidades semelhantes e impede que seja imposta penalidade prescrita ao servidor acusado.

Para demonstrar-se o até aqui exposto, serão abordados os aspectos gerais do instituto prescricional, iniciando-se por breve histórico, conceituação, fundamentos, elementos, natureza e prescrição como garantia constitucional. Em seguida, a prescrição no âmbito admi-

nistrativo, de modo geral e especificamente nos procedimentos disciplinares, inclusive a aplicação da prescrição penal no PAD. Por fim, a viabilidade de se considerar a prescrição da pretensão executória.

## 1. Prescrição

### 1.1. Breve histórico<sup>2</sup>

A prescrição teve sua origem no Direito Processual Romano, ou seja, relacionada com a ação. No regime formulário, o pretor era o responsável pela acusação e a conduzia observando a seguinte "fórmula": *demonstratio, intentio, condenatio, adjudicatio*. As espécies de ações até então existentes se encontravam taxativamente previstas.

O advento da Lei Aebutia, no ano 520 de Roma, possibilitou ao pretor criar novas ações, ainda não previstas pelo Direito Honorário, ocasião em que deveria determinar o prazo em que o processo deveria estar concluído. Surgiram, então, as ações temporárias, as quais se contrapunham às ações quirítárias, que eram perpétuas.

Quando apresentada uma ação temporária, verificava-se a conformidade desta com o prazo a ela relacionado e, se não observado, era feita uma anotação preliminar pelo pretor. Essa parte preliminar, ou introdutória, era denominada *praescriptio*, uma vez que se apresentava antes da fórmula (*demonstratio*). Como consequência, o julgador absolveria o réu, sem que o mérito fosse apreciado. A causa era extinta e não

2 Cf. TRIPPO, Maria Regina. Imprescritibilidade Penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 29.

haveria possibilidade jurídica para existir a demanda em sede judicial. Em outras palavras, a ação que era interposta depois do prazo determinado não surtiria qualquer efeito.

## 1.2. Conceito

Segundo o Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, “prescrição” originou-se do latim *praescriptione* e decorre do verbo *praescribere*, escrever antes do começo ou no início.

Pode ser definida, no aspecto jurídico, citando-se Clóvis Beviláqua<sup>3</sup>, como sendo a *“perda da ação atribuída a um direito, que fica assim juridicamente desprotegido, em consequência do não uso dela durante determinado tempo”* e também como *“a maneira pela qual se extingue a punibilidade do autor de um crime ou contravenção, por não haver o Estado exercido contra ele no tempo legal o seu direito de ação, ou por não ter efetivado a condenação que lhe impôs”*. A doutrina jurídica mais tradicional costuma definir o instituto jurídico da prescrição como a extinção do direito de ação, ou seja, se, após um determinado período definido em lei, não for ajuizada a ação cabível, de modo a dar cumprimento à pretensão resistida, não poderá fazê-lo em momento posterior. Câmara Leal<sup>4</sup> definiu o instituto como sendo *“a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso”*.

3 BEVILACQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 286.

4 CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. Da prescrição e Decadência: Teoria Geral do Direito Civil. 2ª ed. atual. por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 26.

Constata-se que, no conceito clássico, a pretensão e o direito de ação eram confundidos, como se fossem sinônimos. A ação se extinguiria em face do não exercício do direito, como se a própria ação estivesse prescrita, e não o direito por ela protegido. O direito e a ação para protegê-lo se misturavam (v. g. artigo 75, Código Civil de 1916).

Modernamente, a doutrina distingue prescrição do direito e o direito de ação. O Código Civil atual adotou esse posicionamento, diferenciando ação e pretensão. O artigo 189 dispõe que, violado um direito, nasce, para o titular, a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos estabelecidos nos artigos 205 e 206 do referido diploma legal, ou nos outros prazos legais dispostos em leis especiais. Com isso, a inércia da pessoa em recorrer ao Judiciário para fazer valer o seu direito extingue a pretensão, e não a ação (direito pertencente ao indivíduo de ter o seu caso solucionado pelo Judiciário, com ou sem sentença de mérito), tendo sido evitada a linguagem do direito antigo, segundo a qual a prescrição prolocaria a perda da ação.

Após essas considerações, observa-se que a *“prescrição representa o fenômeno extintivo de uma pretensão ajuizável por meio de uma ação, em razão da inércia de seu titular, durante um determinado espaço de tempo que a lei estabelece para este fim. O silêncio da relação jurídica durante um espaço de tempo determinado pela lei significa a perda da pretensão atribuída a um direito e da sua correspondente capacidade defensiva por meio de uma ação”*.

### 1.3. Fundamento

Ao tratar do fundamento jurídico da prescrição, José Armando da Costa<sup>5</sup> assevera o seguinte:

*“Inúmeras são as razões que procuram conferir legitimidade a esse instituto de origem pretoriana. A doutrina, por demais densa, larga e variada a esse respeito, aponta vários fundamentos na área civilística – onde predominam os direitos disponíveis, a saber: a) reprimenda ou castigo à incúria e à negligência; b) ação devastadora do tempo; c) presunção da extinção do direito; d) presunção de abandono ou renúncia; e) desobstrução da justiça com diminuição das demandas; f) proteção ao devedor; g) interesse social no particular aspecto da estabilidade das relações jurídicas.”*

A esse respeito, assevera José dos Santos Carvalho Filho<sup>6</sup> que:

*“(...) O fundamento da prescrição administrativa é o mesmo da prescrição comum: o princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas. O direito não pode ficar à mercê de eternas pendências, provocando uma situação de instabilidade no grupo social. O tempo é necessário para proporcionar essa estabilização. Desse modo, se o titular de um direito fica inerte para exercê-lo, surge, em certo prazo, situação oposta que passa a impedi-lo do exercício. Ou seja, a inércia do titular do direito cria situação favorável a terceiros, que acabam por se beneficiar daquela situação de inércia. É a essa situação que se denomina prescrição.”*

5 COSTA, José Armando da. Prescrição Disciplinar. Belo Horizonte. Ed. Fórum, 2006, p. 51.

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, p. 731.

Complementa essas assertivas a orientação de Câmara Leal<sup>7</sup>, abaixo transcrita:

*“Toda a instituição legislativa deve assentar-se sobre um motivo de ordem jurídico-social porque, mesmo quando a lei tem por fim prover a um interesse privado, ela age precipuamente no interesse público, visto como essa é a sua função, pela influência que o equilíbrio das relações privadas exerce sobre a ordem pública. Colocada a questão nesse terreno, devemos reconhecer que o único fundamento aceitável da prescrição é o interesse jurídico-social.”*

Também leciona que a prescrição é uma punição para quem deixa de exercer determinado direito em um lapso temporal previamente definido em lei<sup>8</sup>:

*“(...) não deixa de haver, portanto, na prescrição, uma certa penalidade indireta à negligência do titular, e muito justificável essa pena, que o priva de seu direito, porque, com a sua inércia obstinada, ele faltou ao dever de cooperação social, permitindo que sua negligência concorresse para a procrastinação de um estado antijurídico, lesivo à harmonia social.”*

Pelo exposto, o interesse jurídico-social pela estabilidade das relações jurídicas prevalece e tem por objetivo impedir a perpetuação do desequilíbrio e da desarmonia sociais gerados pela agressão ao direito, extinguindo as ações porventura cabíveis, mas não utilizadas no tempo previsto, de modo que determinadas situações ou relações jurídicas não tenham efeito eterno, privi-

7 CÂMARA LEAL. Op. cit., p. 29.

8 CÂMARA LEAL. Idem. p. 30.

legiando, assim, a segurança jurídica e a ordem social e estabilizando as situações de fato e as relações jurídicas. Por esse meio, a estabilidade do direito e a harmonia social são restauradas, fazendo cessar a incerteza antes provocada.

#### 1.4. Elementos

Da lição de Câmara Leal<sup>9</sup>, extrai-se que, para ocorrer a prescrição, é necessário que se configurem todos os seus elementos integrantes, quais sejam a) existência de uma ação exercitável (*actio nata*); b) inércia do titular da ação pelo seu não exercício; c) continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; d) ausência de algum fato ou ato com eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional, atribuída por lei.

Segundo a expressão romana, são exigidas ainda duas condições para se considerar exercitável a ação: um direito atual (completamente adquirido) imputado ao seu titular e uma violação desse direito, sendo o objetivo da ação remover essa violação.

Dessa forma, se o titular do direito pleiteado em juízo se conservou inativo, deixando de protegê-lo pela ação por determinado tempo e cooperando para a permanência do desequilíbrio antijurídico, compete ao Estado remover essa situação e restabelecer o equilíbrio, por meio de uma providência que corrija a inércia do titular do direito: a prescrição.

Tal entendimento é corroborado por Venosa<sup>10</sup>, que afirma que “o exercício

*de um direito não pode ficar pendente indefinidamente. Deve ser exercido pelo titular dentro de determinado prazo. Isto não ocorrendo, perderá o titular a prerrogativa de fazer valer seu direito”.*

A inércia na defesa ou na tomada de iniciativa de determinado direito material, dentro de um prazo assinalado em lei, possui a força de sepultar situações lesivas ao interesse próprio ou de outrem, em decorrência de imposição legal que fixe o prazo para a incidência da prescrição.

Entretanto, em se tratando de um direito futuro, ou seja, não atual, este não é passível de ser violado e também não dá causa ao nascimento de uma ação. Pendente alguma condição suspensiva ou seu termo inicial, não é exigível e, igualmente, não haverá pretensão até que seja realizada a condição ou o termo, não se computando, assim, o curso prescricional.

#### 1.5. Natureza

Acerca da natureza da prescrição, se um fenômeno objetivo ou subjetivo, admite Câmara Leal<sup>11</sup> que a doutrina não é pacífica. Alguns defendem ser puramente objetiva, tendo o início decorrendo do fato da violação, independentemente da ciência ou do conhecimento do titular; outros consideram ser um fenômeno subjetivo, e, dessa maneira, o conhecimento da violação pelo titular do direito em questão para que se inicie a prescrição é essencial.

No entanto, entende o autor ora em comento não parecer racional aceitar a ocorrência da prescrição, ou iniciar sua contagem, sem que o eventual autor da

9 Cf. CÂMARA LEAL, op. cit., p. 10.

10 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. v 1, p. 629.

11 Cf. CÂMARA LEAL. Idem, p. 30.

ação conheça a violação. Se a prescrição é um castigo à negligência do titular, não se concebe a prescrição sem a negligência, e esta certamente não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância da violação.

Ressalva, entretanto, que a contagem do prazo da prescrição da data da ciência da violação deve ser limitada às prescrições de curto prazo, porque, naquelas de longo prazo, a própria ignorância da violação pelo titular demonstra sua negligência, pois não percebeu, por longo período, que direito seu fora ofendido.

Por tudo isso, tem-se que não é a inércia momentânea que a lei pune com a prescrição, mas sim a prolongada, fruto da negligência do titular do direito. Por essa razão, a lei fixa um prazo para o exercício da ação, o qual, ultrapassado sem que haja o seu ajuizamento, concretiza a prescrição, privando o titular do exercício do direito.

## 1.6. Prescrição como Garantia Constitucional

O princípio da prescritibilidade é ressaltado em lição de Pontes de Miranda<sup>12</sup>, o qual assevera que a prescrição alcança todas as pretensões e ações, sejam relacionadas a direitos pessoais, reais, privados, sejam relacionadas a direitos públicos. É a regra geral, sendo a imprescritibilidade exceção.

Isso é assegurado pela nossa Constituição Federal, que prevê a imprescritibilidade apenas diante das hipóteses de crime de racismo e do terro-

rismo, por grupos armados civis ou militares (artigo 5º, XLII, XLIV da CF/88), e desde que realizados contra a ordem constitucional ou contra o Estado Democrático, por considerá-los de maior gravidade, reservando-lhes tratamento mais rigoroso.

Quanto aos prazos decorrentes de ilícitos administrativos, há determinação constitucional para que sua regulação seja feita por lei (artigo 37, § 5º): *“A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”*.

As restrições aos direitos fundamentais, por sua natureza, são taxativas, e a Carta Magna não autorizou o legislador derivado ou o aplicador do direito a dotar de imprescritibilidade outras situações, mas tão somente estabelecer novos prazos prescricionais.

Ao se interpretar a Constituição como um todo, verifica-se que o instituto da prescrição é, acima de tudo, um direito constitucional de todo indi-

***A prescrição alcança todas as pretensões e ações, sejam relacionadas a direitos pessoais, reais, privados, sejam relacionadas a direitos públicos. É a regra geral, sendo a imprescritibilidade exceção.***

12 CF. MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, v. 6, § 666, p. 127.



## **A prescrição é direito fundamental e princípio informador do sistema jurídico pátrio, dotado de proteção constitucional.**

víduo, limitando, no tempo e em razão do seu não exercício, o poder punitivo pelo Estado ou a exigência de reparação pelo particular.

Também é previsto, no próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, o direito ao processo célere, devendo o Estado-Juiz agir dentro de um período razoável de tempo. De um lado, cabe ao Estado agir com vistas a processar e julgar o autor de determinada infração dentro de padrões razoáveis de tempo; por outro lado, essa norma constitucional pode ser percebida, do ponto de vista garantista, como um direito do cidadão de ver o resultado desse processo com a brevidade possível, de modo a observar o princípio da celeridade, dado que a Constituição Federal impõe sanção ao Estado e ao particular diante de sua inércia, aplicando a prescrição.

Conclui-se, então, que a prescrição é direito fundamental e princípio informador do sistema jurídico pátrio, dotado de proteção constitucional.

### **2. Prescrição administrativa**

A prescrição também encontra guarida no Direito Administrativo, uma vez que a simples possibilidade de a Administração Pública rever seus atos a qualquer momento viria de encontro a

tudo o que até aqui se expôs e causaria transtornos gravíssimos a toda a sociedade – administrados ou servidores públicos –, em especial diante da instabilidade jurídica que se instalaria.

Ao tratar do tema, Hely Lopes Meirelles<sup>13</sup> ensina que a expressão “prescrição administrativa” é utilizada “para indicar o escoamento dos prazos para interposição de recurso no âmbito da Administração, ou para a manifestação da própria Administração sobre a conduta de seus servidores ou sobre direitos e obrigações dos particulares perante o Poder Público”.

Aponta ainda o citado mestre que:

*“A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação. Não se confunde com a prescrição civil, nem estende seus efeitos às ações judiciais (...), pois é restrita à atividade interna da Administração e se efetiva no prazo que a norma legal estabelecer. Mas, mesmo na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito a sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito, o STF já decidiu que ‘a regra é a prescritibilidade’”.*

Dispondo acerca do prazo para a solução dos conflitos envolvendo a Administração Pública, o Decreto nº 20.910/32 declara, em seu artigo 1º, que “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim

13 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 17ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1992. p. 583-584.



*todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal Estadual e Municipal seja qual for sua natureza prescrevem em cinco anos”.*

Infere-se que tal comando abrange as ações de interessados em face do poder público e também funciona como obstáculo à Administração Pública em seu poder revogatório, quando fizer uso da faculdade de autocontrole de seus atos administrativos, querendo os revogar ou anular. Não obstante possua o ente público, por autorização legal, a faculdade de rever os seus atos, somente o pode fazer observando o prazo de cinco anos, sob pena de, não observado esse lapso temporal, não poder exercitar o direito de autotutela em outra oportunidade. Acrescenta-se que a barreira

**A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação.**

prescricional é dirigida tanto ao ente público como ao administrado, e o prazo começa a fluir da data do ato ou do fato o qual a Administração pretende rever; uma vez ultrapassado, torna consolidadas as situações eventualmente passíveis de alteração.

Diante disso, a prescrição administrativa estabiliza as relações intersubjetivas, tornando-as irreversíveis, porque estabelecidas sob o manto da boa-fé. Ainda que o ato administrativo tenha

sido criado com aparente irregularidade, seus efeitos são convalidados, conforme expresso no artigo 54, da Lei Federal nº 9.784/99, que restringe o direito do autocontrole, fixando o prazo improrrogável de 5 (cinco) anos, salvo comprovada má-fé. Conquanto seja obrigação do Estado rever seu ato nulo, deve observar essa limitação. É nesse sentido o posicionamento defendido pela doutrina e pela jurisprudência, visto que, se diversamente praticado, acarretaria instabilidade jurídica, além de contrariar o princípio clássico “a parte útil não deve ser afetada pela inútil”.

### **3. Prescrição administrativa disciplinar**

Buscando valorizar o princípio da celeridade no processo administrativo disciplinar e evitar que a apuração se prolongue demasiadamente, a prescrição administrativa acarreta a extinção da punibilidade. Corroborar essa assertiva Edmir Netto de Araújo<sup>14</sup>, que afirma que:

*“A prescrição é causa de extinção de punibilidade do servidor pela falta considerada, que difere dos institutos afins como a preclusão, a perempção, a deserção e a decadência. Ela atinge o direito de processar e punir do Estado, antes da condenação, obstando o processo ou depois, impedindo a execução da pena e, em ambos os casos, extinguindo a punibilidade do fato, em razão do decurso do tempo e da inércia ou omissão das providências nesse sentido, a cargo do Estado. Prescrição não depende de ato, mas é fato jurígeno. (...) Assim, a prescrição, que opera antes da*

14 ARAÚJO, Edmir Netto de. Contrato Administrativo. São Paulo: RT, 1986, p. 290 e 241.

*aplicação da pena (repreensão, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade), não pode ser considerada como causa de extinção da pena, que ainda não existe, mas de extinção de punibilidade, pois só se extingue o que já existe em aplicação.”*

Nelson Rodrigues Breitman<sup>15</sup> enumera como objetivos da prescrição disciplinar os seguintes:

*“a) forçar os dirigentes públicos para que responsabilizem o mais rápido possível o servidor faltoso, a fim de que a regularidade volte logo ao seu leito de normalidade;*

*b) pacificar a certeza e segurança das relações jurídicas entre a administração e o seu funcionário, evitando, assim, que fique o infrator disciplinar intranquilo pelo resto de sua vida funcional;*

*c) desencorajar a negligência dos chefes hierárquicos, com vistas a tornar o serviço público o mais eficiente possível.”*

Por ser de ordem pública e encontrar expressa determinação no art. 112, da Lei nº 8.112/90, a prescrição administrativa deve ser declarada de ofício, quando do julgamento pela autoridade competente, independentemente de provocação da parte interessada. Se arguida pelo servidor investigado, em sua defesa, a Comissão processante pode fazer referência a esse fato no seu relatório final, mas não resolver a questão.

Uma vez reconhecida sua ocorrência, resta ao ente público a anotação do fato nos registros funcionais do servidor, conforme autorização contida no

<sup>15</sup> BREITMAN, Nelson Rodrigues. Prescrição disciplinar: uma abordagem didática, com base na jurisprudência.

## **A prescrição é causa de extinção de punibilidade do servidor pela falta considerada, que difere dos institutos afins como a preclusão, a perempção, a deserção e a decadência.**

artigo 170, da Lei nº 8.112/90. Caso o registro ainda não tenha sido cancelado (artigo 131), a falta prescrita deverá ser considerada como antecedente funcional (artigo 128), após regular apuração de infração diversa em procedimento administrativo disciplinar.

A prescrição da ação disciplinar é regida pelo artigo 142, da Lei 8.112/1990. De início, observa-se que o legislador optou por escalonar os efeitos da prescrição, determinando o cômputo de prazo menor para as infrações por ele consideradas menos gravosas e maior para aquelas mais graves. Dispôs três prazos distintos, quais sejam 180 (cento e oitenta) dias para as faltas puníveis com advertência; 2 (dois) anos, se a pena for suspensão; e 5 (cinco) anos, se demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão.

Na sequência, determinou como *dies a quo* aquele em que o fato se tornou conhecido. Controvérsias surgiram acerca da aplicabilidade desse dispositivo. Afirmou-se que tal estabeleceria a imprescritibilidade. Isso seria inadmissível, pois, caso nunca fosse descoberta a infração, haveria afronta a todo o sistema jurídico pátrio, em especial à Constituição

Federal, que apenas previu como imprescritível, na esfera administrativa, ações que visassem o ressarcimento de danos ao erário (CF, art. 37, §5º).

Autores asseveram que, criadas normas regulamentadoras dificultando excessivamente seu acontecimento, tornam o fato imprescritível, ainda que de forma dissimulada, o que ocorreria se estabelecida causa impeditiva do início ou da continuidade da prescrição, sem indicar seu término, possibilitando que a prescrição jamais pudesse incidir. A doutrina denomina essa hipótese de imprescritibilidade relativa ou quase imprescritibilidade<sup>16</sup>, o que também seria vedado pela Carta Magna.

No entanto, é necessário observar que o dispositivo legal, ao estabelecer como termo inicial para a contagem do prazo prescricional o conhecimento do fato, objetivou dificultar que irregularidades encobertas ou de difícil conhecimento ficassem impunes. Além disso, uma vez que não conhecidas, não estaria caracterizada a inércia da Administração Pública em apurar fato do qual sequer tinha conhecimento.

Cretella Júnior<sup>17</sup> equipara a hipótese de ignorância do fato com o que ocorre, no âmbito penal, com *crimina occulta*, infrações penais cometidas longe do conhecimento da coletividade ou de qualquer indivíduo, por serem restritas aos registros civis. Cita como exemplo o crime de bigamia, o de falsificação ou alteração de assentamento do Registro Civil, circunstâncias em que a prescrição

se inicia a *die scientiae* (a partir da ciência do fato), ou, como diz a lei “*da data em que o fato se tornou conhecido* (art. 11, ‘d’, do CP)”.

Muitas vezes as infrações praticadas, e até mesmo os crimes contra o patrimônio público, somente se tornam conhecidas quando o servidor ou o agente político deixa o cargo, ocasião em que o ilícito já poderia estar prescrito. Isso fortalece a decisão do legislador de adotar a data da ciência do fato como marco inicial para a prescrição.

Ademais, a permanência nos quadros públicos de servidores que cometeram faltas graves ou gravíssimas, mas que conseguiram as omitir eficientemente, não se harmoniza com os anseios sociais, nem com os princípios jurídicos que norteiam a Administração Pública como um todo, sobretudo o da moralidade administrativa, também protegido constitucionalmente e, portanto, de observância e cumprimento obrigatórios, tendo a pena disciplinar como um dos instrumentos de sua preservação.

Outro debate versa acerca da possibilidade de considerar conhecido o fato quando da ciência deste por qualquer pessoa na Administração Pública. Tendo em vista que a lei não foi suficientemente clara, possibilitou diversas interpretações divergentes.

O assunto já foi abordado pela Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer AGU GQ-55, vinculante para todos os órgãos da Administração Pública Federal – o qual, embora não objetivasse estudar o § 1º do artigo 142, mas sim fixar a norma aplicável na

16 TRIPPO, Maria Regina. Imprescritibilidade Penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

17 CRETELLA Júnior, José. Prescrição da falta administrativa in Revista dos Tribunais, ano 70, Vol. 544, fevereiro de 1981, p.21.

fixação do prazo prescricional em falta cometida sob égide da Lei nº 1.711/52, foi apurado quando em vigor a Lei nº 8.112/90 –, restando assentado, em referido parecer, que o termo inicial da prescrição somente se dá quando a autoridade competente para instaurar o feito disciplinar toma ciência do cometimento da infração.

Acórdãos do Supremo Tribunal Federal foram prolatados confirmando esse entendimento (STJ MS 8251, MS 8595 e MS 8998). Registra-se, no entanto, haver decisão diversa prolatada no MS 11974, cuja relatora foi a Ministra Laurita Vaz.

A despeito de respeitáveis fundamentos adotados pela Ministra, defende-se que, nos casos em que a competência correccional se encontrar inserida na via hierárquica, o prazo prescricional se inicia na data em que o titular em exercício do órgão ou da unidade ou a autoridade competente para instaurar a ação disciplinar teve conhecimento do fato.

Igualmente dá início ao cômputo do prazo o conhecimento da infração pela corregedoria instalada dentro da estrutura do órgão público ou mesmo pela Controladoria-Geral da União (CGU) – também competente para instaurar processos disciplinares no âmbito da Administração Pública Federal, conforme artigo 20, § 5º, da Lei nº 10.683/2003 c/c artigo 4º, VIII, do Decreto nº 5.480/2006 –, o que ocorrer primeiro.

Já os parágrafos 3º e 4º do art. 142, da Lei nº 8.112/90 versam acerca da interrupção do prazo prescricional. Dispõe o § 3º do artigo 142 que a ins-

tauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar interrompe a prescrição. Dessa forma, tem-se a delimitação de dois instantes em que a punibilidade pode ser atingida pela prescrição: antes e depois da instauração de sindicância ou PAD, reiniciando integralmente o prazo após a decisão proferida no procedimento – o prazo recomeça a partir do dia em que cessar a causa interruptiva (conforme leitura literal dos §§ 3º e 4º do citado artigo).

Diante disso, para se averiguar a ocorrência ou não da prescrição, observa-se, primeiramente, se a data da publicação do ato instaurador do processo administrativo disciplinar ou da sindicância apenadora é anterior ao prazo fixado para prescrição. Assim, o direito de o Estado punir a infração administrativa somente remanescerá se observado o prazo, *a priori*, de cinco anos da data da ciência da infração investigada pelo órgão competente, ou não mais caberá a abertura de feito, visto que estará prescrita a pretensão punitiva e não caberá punição ao servidor público por sua transgressão funcional. Em se tratando de infração punível com as penas de suspensão ou advertência, o lapso temporal entre o conhecimento da irregularidade pelo ente administrativo e a instauração do procedimento não poderá superar 2 anos e 180 dias, respectivamente (art. 145, II e III e § 1º, da Lei nº 8.112/90). Também se deve considerar se se configura a conduta como crime contra a Administração Pública (arts. 312 a 326, Código Penal e legislação extravagante), quando serão utilizados os prazos previstos na lei criminal (art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90)<sup>18</sup>.

18 Será abordado de forma mais detalhada no próximo capítulo.

Ressalta-se, ainda, que somente tem o condão de interromper o curso do prazo prescricional sindicância punitiva ou disciplinar (artigo 145, Lei 8.112/1990), ou seja, aquela em que se possa aplicar penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias. Aquela sindicância preliminar, meramente investigativa, em que muitas vezes se almeje localizar elementos para identificação da autoria do fato investigado, não exerce o contraditório e não interrompe o fluxo prescricional, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (ROMS 10316 e AgRg no MS 13.072).

Por analogia, outros procedimentos meramente investigativos, como a auditoria, por exemplo, também não interrompem a contagem da prescrição. Apenas aqueles que possam infligir punição ao servidor, com observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, podem interromper o fluxo do prazo prescricional.

Registra-se que a interrupção da prescrição somente ocorre uma vez. Mesmo que haja seguidas reconduções das comissões processantes ou que seja instaurado PAD após a conclusão da sindicância, não ocorrerá reinício da contagem do prazo prescricional. Em igual sentido há manifestação da Advocacia-Geral da União (AGU): Parecer AGU GQ-144 (não vinculante).

Registra-se, mais, que, uma vez anulado o ato instaurador do procedimento administrativo, o prazo prescricional deve ser integralmente computado desde a data da ciência da autoridade, não ocorrendo, portanto, qualquer interrup-

ção, conforme expresso no acórdão prolatado no MS 8192-STJ.

Mesmo que instaurado o procedimento administrativo disciplinar antes do transcurso do prazo prescricional quando da ciência pela autoridade, pode ocorrer a extinção do direito de punir estatal pela excessiva demora da tramitação sem julgamento do feito (prescrição intercorrente). Embora haja previsão legislativa expressa assegurando a interrupção desse prazo até decisão final, o entendimento da Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer AGU GQ-159 (vinculante), bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, são em sentido diverso. Vide Mandados de Segurança nº 22.728 e 23.299-STF.

Portanto, o fluxo prescricional, interrompido com a respectiva instauração, volta a correr integralmente, após transcorrido o limite temporal para conclusão e julgamento da sindicância e do processo disciplinar, quais sejam, para sindicância,  $30 + 30 + 20 = 80$  dias; PAD,  $60 + 60 + 20 = 140$  dias; e rito sumário,  $30 + 15 + 5 = 50$  dias (art. 133, § 4º, 145, 152 e 167, da Lei nº 8.112/90).

Também foi consagrada a prescrição retroativa, aquela que se apura em relação à data de abertura do processo disciplinar ou do procedimento sindicante, pelos mesmos marcos cronológicos. Quando do julgamento do feito, ao ser fixada a pena a ser aplicada, previamente se verifica a observância do prazo prescricional correspondente, tanto a partir do conhecimento do fato quanto da instauração do feito e de sua conclusão. Devem ser consideradas as datas

da ciência pela autoridade, da instauração e da conclusão do feito e, se não obedecido o prazo referente, em quaisquer desses momentos, estará concretizada a prescrição e extinta a punibilidade, restando apenas a anotação do fato nos assentos funcionais do servidor.

Por fim, anota-se que a suspensão do curso prescricional no procedimento administrativo disciplinar ocorre como exceção e apenas se o servidor investigado conseguir impedir o curso da apuração no âmbito administrativo, em decorrência de determinação judicial. Durante esse sobrestamento, o curso do prazo prescricional está suspenso e, de consequência, somente voltará a fluir, no que restar, quando revertida a medida judicial ou findos seus efeitos.

Tal se dá em vista de não se poder conferir à Administração qualquer punição ao dar cumprimento à decisão judicial, posto que estaria impedida de dar prosseguimento aos processos ou incorreria o responsável em desobediência à ordem judicial, não se configurando inércia. Nesse sentido, existem decisões do Superior Tribunal de Justiça no MS nº 7.095, no MS nº 9.586 e no RMS nº 10.265.

Ressalta-se, por oportuno, que, se a decisão for no sentido de se refazer algum ato que não impeça a continuação dos trabalhos, não haverá reflexo no prazo prescricional.

#### 4. Aplicação da prescrição penal no PAD

Várias dificuldades surgem ao se buscar dar cumprimento ao §2º, do artigo 142, da Lei 8.112/1990. Como an-

tes anotado, a legislação administrativa determina que a contagem do prazo prescricional a ser observado nos procedimentos administrativos disciplinares começa com o conhecimento do fato pela autoridade competente. Já a legislação criminal dispõe que a prescrição é contada da data do cometimento do ilícito penal. Ademais, algumas correntes defendem que, ao se aplicar esse dispositivo, devem ser transportados todos os princípios e normativos relativos à prescrição criminal para o procedimento administrativo, quais sejam, *dies a quo*, causas de interrupção e suspensão, utilizando para o cálculo a pena *in abstracto* ou *in concreto* (antes ou após o trânsito em julgado de sentença condenatória) etc. Entretanto, esse posicionamento não parece o mais adequado, como abaixo se perceberá.

De início, por pertinentes, reproduzem-se as anotações realizadas por Antônio Carlos Alencar Carvalho<sup>19</sup>, ao tratar da origem do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90:

*“Da lição doutrinária de Caio Tácito, endossada pela cátedra luminar do ministro Moreira Alves, explica-se que os ilícitos administrativos existiram primeiro e não eram capitulados no âmbito do direito penal. Porém, devido à gravidade das infrações disciplinares, passaram à categoria de crimes. Nessas hipóteses é que se pode afirmar que a falta administrativa também constitui delito criminoso, e, por isso, em princípio, o prazo prescricional para punição dessas trans-*

19 CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Contagem dos prazos prescricionais da lei penal para punições disciplinares de servidores públicos: reflexão crítica sobre os conceitos de tipicidade e discricionariedade das faltas administrativas para os fins do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90.



*gressões disciplinares será o estipulado na lei criminal”, (art. 142, § 2º, Lei 8.112/90).*

Patenteia-se que o dispositivo atual do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90, se refere, portanto, aos crimes contra a Administração Pública, definidos nos artigos 312 a 326 do Código Penal e em algumas normas legais esparsas, como a Lei Federal 6.766/1979 (art. 50, I a III). É nesses casos que se devem computar os prazos prescricionais para imposição de penalidades administrativas pelos marcos cronológicos da legislação criminal, porquanto essas infrações é que sempre foram, antes de se converterem em ilícitos penais, faltas disciplinares.

Os ilícitos disciplinares não eram infrações criminais, mas meras transgressões dos deveres e do regime funcional dos servidores públicos. Somente mais tarde, em face do interesse da sociedade no regular funcionamento da Administração Pública e do prejuízo à coletividade causado pelas infrações cometidas pelos servidores, é que certos ilícitos disciplinares foram também albergados pelo direito penal.

Aí é que as faltas administrativas se tornaram aquelas que também se constituíram crimes (contra a Administração Pública), aludidas pelo § 2º do art. 142 da Lei 8.112/90, mera reprodução do dispositivo do art. 213, par. único, da Lei 1.711/1952 (antigo Estatuto dos Funcionários Públicos da União, revogada pela Lei 8.112/90).

Observa-se, dessas lições, que algumas infrações disciplinares, pela lesividade imposta à sociedade, foram também definidas como infrações penais;

são os chamados “Crimes Praticados por Funcionário Público Contra a Administração em Geral” (Capítulo I do Título XI - Dos Crimes Contra a Administração Pública, do Código Penal), sendo apenas esses que possibilitam a aplicação da prescrição penal no procedimento administrativo disciplinar. Nos artigos 109 e 110 do Código Penal estão estabelecidos os marcos temporais para se computar a prescrição penal, antes e após o transitar em julgado da sentença, respectivamente.

Destaca-se que as infrações a serem repelidas, nas duas esferas, são distintas, como bem destacou Júlio César Costa da Silveira<sup>20</sup>:

*“Importa destacar que ilícito administrativo e ilícito penal, na sua constituição essencial, não configuram ilícitos do mesmo gênero, dado que, no mínimo, se mostram qualitativamente diversos. (...) Nessa senda, no que se refere ao prazo inicial de instauração do processo disciplinar, importa delimitar se tal prazo inicia: à semelhança da lei penal, da data da prática do ato; ou se inicia da data em que a autoridade responsável pela punição toma ciência. Tal definição resulta de extrema importância, na medida em que o servidor que tenha praticado um crime seria mais beneficiado que um servidor que praticou apenas uma falta; no que se refere ao curso do prazo prescricional. Portanto, a utilização, como dies a quo do prazo prescricional, como sendo o da data do fato, pode, em tese, permitir o advento mais seguro da prescritibilidade da sanção, porquanto não dependeria da ciência*

20 SILVEIRA, Júlio César Costa da. Da Prescrição Administrativa e o Princípio da Segurança Jurídica: Significado e Sentido. p. 103-4.



*do fato por parte da autoridade administrativa, dado que, em tese, entre a data do fato e o do seu conhecimento pela autoridade, poderão decorrer dias, senão meses, até anos.”*

Face aos dois termos iniciais possíveis, *ad argumentandum tantum*, recohe-se que na doutrina tem preponderado como regra mais adequada a adstrita ao momento do conhecimento do ato por parte da autoridade. Tal percepção se dá sobretudo em razão da necessidade permanente de se preservar o interesse público. (grifo não original)

Quanto aos crimes comuns porventura praticados por funcionários públicos, em nada se relacionam com as infrações disciplinares. Crimes como estupro, sequestro, homicídio, estelionato, dentre outros, sempre tiveram justificativa e natureza próprias, desvinculadas, em sua essência, de comportamentos praticados contra a Administração Pública por servidores públicos; são crimes praticados por qualquer pessoa, agredindo valores protegidos por toda a sociedade.

Por isso, novamente se salienta, não dão causa à utilização dos prazos prescricionais em procedimentos administrativos, a menos que anteriormente previstos também como infração disciplinar na legislação própria, mormente em razão do princípio da legalidade, protegido constitucionalmente. Reforça essa assertiva estar previsto, no próprio estatuto dos servidores públicos federais, o auxílio-reclusão (art. 229, Lei nº 8.112/90), a ser pago à família do servidor preso, durante o cumprimento de pena criminal por crime comum.

Ressalta-se, ainda em face do princípio da legalidade, que é indispensável que a conduta esteja condizente com a previsão normativa de ilícito, seja administrativo, seja criminal. Desse modo, para que se imponha a responsabilidade administrativa aos servidores, a sua conduta deverá ter infringido dever funcional expresso no respectivo normativo funcional. Da mesma forma, para que haja responsabilidade criminal, a conduta a ser enquadrada deverá estar perfeitamente tipificada em alguma das infrações estatuídas na legislação penal, quer seja no Código Penal, quer seja na legislação especial.

Destarte, não se pode cogitar responsabilidade administrativa e penalidade de qualquer servidor público se não há previsão do fato e da pena na legislação, ou serão dados poderes ao administrador público de criar faltas disciplinares quando a lei não o fez e discricionariedade onde a lei não a autorizou, e, de consequência, tem-se um arbítrio. Mais, se inexistente previsão legal do fato como causa de punição dentre aquelas expressamente tipificadas no normativo disciplinar, não poderá incidir o previsto no artigo 142, § 2º, da Lei 8112/90, para responsabilização administrativa dos servidores pela prática de crime. E, de igual forma, resta prejudicada a contagem de marcos cronológicos da lei criminal para punição administrativa, uma vez que, se o fato não é punível, descabe falar de lapsos temporais para o exercício do direito de punir na esfera disciplinar.

Nesse sentido é a orientação jurisprudencial do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no acórdão prolatado em APC 1999.01.00.113141-7-DF,

cuja relatora foi a Desembargadora Federal Mônica Neves Aguiar Silva Castro, unânime.

São relacionados por Palhares Moreira Reis<sup>21</sup>, como faltas disciplinares tipificadas na Lei 8.112/1990 e crime no Código Penal, os seguintes: a aplicação irregular de dinheiro público, se ocorre desvio (art. 132, VIII, Lei 8.112/90), e o peculato, na forma de desvio de recursos públicos (art. 312, Código Penal); a revelação de segredo do qual o servidor se apropriou em razão do cargo (art. 132, IX, Lei nº 8.112/90 e art. 325, CP); corrupção (art. 132, XI, Lei nº 8.112/90 e art. 317, CP); além do abandono de cargo (art. 138, na Lei 8.112/90 e art. 323, CP).

Não se deve, no entanto, confundir essa situação com o enquadramento administrativo no art. 132, inciso I, da Lei nº 8.112/90, uma vez que, para demissão do servidor faltoso com fulcro nesse dispositivo, conforme precedentes vinculantes da AGU e jurisprudência dos tribunais superiores, é exigida a condenação penal com trânsito em julgado para aplicação da pena capital.

Acerca da apuração de falta residual no procedimento administrativo, não contida no crime, não é capaz de ampliar o prazo prescricional contido na lei penal, como consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula nº 18: *“Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”*.

21 REIS, Palhares Moreira. Processo Disciplinar. 2a. ed. rev. e atual., Brasília: Consulex, 1999. p. 289-290.

Em consequência, apesar de a Administração Pública poder punir as faltas exclusivamente disciplinares cometidas por servidor público, naquelas consideradas faltas residuais, autônomas, ou diante de crimes comuns, o prazo prescricional a ser computado no âmbito administrativo será o previsto no estatuto disciplinar, e não o constante da lei penal, sob pena de ser configurada a ilegalidade.

Em tempo, não se pode confundir a perda do cargo em decorrência da pena criminal, visto que nesta não se estará aplicando uma sanção administrativa, nem necessária à instauração de processo disciplinar. Isso porque se trata do efeito acessório e expresso de sentença penal condenatória, por conter decisão pela aplicação de pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, em crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, ou pela aplicação de pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos, nos demais casos (artigo 92, I, “a” e “b”, CP).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconheceu serem utilizados os parâmetros constantes da legislação administrativa, como a data do conhecimento pela autoridade como *dies a quo* da prescrição no procedimento administrativo, citando-se como exemplo os julgados MS 10078 e ROMS 13395.

No entanto, quanto ao momento a partir do qual seria possível se buscar, na legislação penal, o prazo prescricional, as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça estabeleceram vários pressupostos para que se pudesse usar

o prazo prescricional penal no âmbito administrativo. Tais pressupostos, resalta-se, não foram fixados pelo legislador. E mais, em regra, as instâncias de punição judicial e administrativa não se comunicam, exceto se a sentença do juízo penal decidir sobre a prova da negativa de autoria, a ausência de materialidade do fato (art. 126, Lei 8.112/90), ou sobre as excludentes de ilicitude, quando a decisão refletirá na esfera administrativa.

O principal requisito criado pelo STJ para utilização da prescrição penal no procedimento administrativa se constitui na exigência de que tenha havido, ao menos, a apresentação de denúncia pelo Ministério Público, que pode ser estendida ao recebimento desta pelo Juiz. A absolvição do servidor por falta de provas, segundo orientação do STJ, também impede essa aplicação.

Afirma igualmente que a mera correlação entre a conduta do servidor e a tipificada no Código Penal é insuficiente para que se utilize o prazo prescricional penal, por entender que, se apenas existem indícios de crime, o qual nem sequer teria sido apurado, ou formulada denúncia ao juízo penal competente, devem incidir as regras administrativas do estatuto disciplinar do funcionalismo, no concernente à prescrição do direito de punir faltas exclusivamente funcionais, como se verifica nas decisões prolatadas no ROMS 14420/RS, ROMS 10699/RS e RMS 13395/RS.

Por outro lado, estando a ação penal em trâmite, havendo aplicação de *sursis* processual ou absolvição penal por prescrição penal retroativa, a manifestação do STJ é no sentido de dar validade

de para a aplicação do § 2º do artigo 142, com utilização dos prazos de prescrição previstos na lei penal (ROMS 18093, EDROMS 18551 e ROMS 15363).

Então, segundo os julgados do STJ, enquanto o processo penal ainda estiver em curso, mais especificamente enquanto ainda houver possibilidade de recursos para a acusação, aplicam-se os prazos previstos no artigo 109 do CP, tomando-se por base a pena máxima do crime. Após o trânsito em julgado para a acusação, computam-se os prazos estabelecidos no artigo 109 do CP, com base na pena efetivamente aplicada.

Todavia, há decisão unânime do plenário do Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação do Mandado de Segurança nº 24.013, em que se decidiu, para aplicação do prazo previsto na lei penal em procedimento administrativo, não ser requisito ter sido o juízo penal provocado pelo ente competente, em face da prevalência do princípio da independência das instâncias penal e administrativa.

Nesse sentido, a decisão prevê que, para utilização do prazo prescricional penal não é necessário que haja inquérito criminal instaurado, denúncia apresentada ao juízo criminal, ação penal em curso, sentença penal prolatada, tampouco sentença penal transitada em julgado, ao contrário, afirma essa aplicação *"independentemente da instauração, ou não, de processo penal a respeito"*.

A Controladoria-Geral da União sugere a adoção desse posicionamento, por privilegiar o princípio da indepen-

dência das instâncias e por ter derivado de decisão unânime proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. No entanto, *ad cautelam*, aconselha que se tenha como meta a observância do prazo prescricional da Lei nº 8.112, de 11/12/90, qual seja, de cinco anos para penas capitais.

Nada obstante, havendo manifestação pela Comissão processante, devidamente acolhida pela autoridade julgadora competente, de que o fato investigado, enquadrado como infração, também configure ilícito penal, poderá se adotar a prescrição penal, mesmo sem a provocação criminal, conforme a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal.

## 5. Prescrição da pretensão executória

O artigo 142 da Lei nº 8.112/90 preceitua que a prescrição da ação disciplinar, como acima explicitado, extingue a punibilidade e não faz qualquer referência quanto à executoriedade da pena, até porque são momentos distintos, não podendo ser tratados como se idênticos fossem.

O ato administrativo pelo qual se aplica penalidade disciplinar gera seus efeitos jurídicos a partir de sua publicação no Diário Oficial. Essa publicação deve ser efetivada antes do término do prazo prescricional relativo à pena definida na decisão, ou estará extinta a pretensão punitiva, por prescrita.

No entanto, concluído tempestivamente o procedimento administrativo disciplinar e publicado o julgamento,

impondo quaisquer das sanções previstas no artigo 142, como regra geral, essa publicação produz, de forma imediata e plena, os efeitos jurídicos. Porém, ainda resta possível a ocorrência da prescrição, posto que existem medidas a serem adotadas pelo ente administrativo, buscando executar a decisão.

Em se tratando de advertência e censura, instantaneamente se efetiva, em face do constrangimento imposto ao servidor faltoso, formalmente reprimido por sua conduta irregular. A eficácia repressiva é produzida na publicação de reprovação da autoridade administrativa superior; entretanto, restam as anotações ou os registros nos assentamentos funcionais do apenado. Para a suspensão, além desse registro, devem ser tomadas medidas de modo a impedir o exercício funcional do servidor nos dias em que tiver de cumprir a penalidade, além de não se efetivar o pagamento relacionado a esse período, ou o equivalente valor da multa, se for esta aplicada. Quanto à demissão, embora resulte imediatamente na expulsão do serviço público e na perda do cargo pelo servidor punido (assim como a destituição do cargo em comissão ou de função comissionada, na cassação de aposentadoria), alguns procedimentos são realizados para que se proceda à consequente exclusão da folha de pagamento e perda da remuneração.

Para esses atos executórios, após o término do procedimento administrativo e efetiva publicação da pena, não há previsão expressa no ordenamento jurídico acerca do prazo em que devem ser executados ou do prescricional a ser aplicado quando da inexecução da pena.

A doutrina, por outro lado, distingue a prescrição aplicável à apuração da falta disciplinar, da qual poderá advir responsabilidade do servidor investigado, daquela prescrição para a execução da pena então imposta. Sobre a matéria, leciona José Armando da Costa<sup>22</sup>:

*“Doutrinariamente, distingue-se a prescrição da falta disciplinar da prescrição da sanção disciplinar. A prescrição da falta ocorre quando não é promovida, dentro do prazo fixado na lei, a responsabilização do funcionário transgressor; ao passo que a prescrição da pena tem ensejo quando a sanção, embora já aplicada, deixa de ser executada durante certo lapso de tempo.*

*No Direito Disciplinar brasileiro, somente há prescrição da falta disciplinar; não havendo nenhum regime disciplinar, dentre nós, que regulamente a prescrição da pena imposta, a não ser que se possam aplicar, por analogia, as disposições do Direito Penal pertinentes. Mas, tal suprimento pela lei penal não é bem acatado pelos nossos administrativistas, nem pelos tribunais e nem pela justiça disciplinar interna, e, muito menos ainda, pelos órgãos oficiais da administração pública.”*

Confirmando esse entendimento, Renato Luiz Mello Varoto<sup>23</sup>, comentando Edmir Netto de Araújo, ressalta:

*“No âmbito do direito administrativo não encontramos, no direito positivo, a prescrição da pena imposta (como no d. penal), mas só do direito de punir. Isto se dá, basicamente, pelas ca-*

*racterísticas que possui, diferentes da pena criminal (em regra, privação de liberdade pessoal): esta, em princípio, demanda a presença do réu para sua aplicação, ao contrário das penalidades disciplinares (dentre as quais não há privação de liberdade) que, de ordinário, não exigem a presença do funcionário para sua imposição.”*

Com efeito, não caberia se falar em prescrição da execução da penalidade disciplinar, ainda mais pelo fato de ter sido publicada logo após o respectivo julgamento. Ao contrário, após concluído todo o procedimento administrativo disciplinar no tempo devido, com decisão de aplicação da pena a servidor faltoso por praticar conduta proibida ou contrária aos deveres funcionais, os atos decorrentes deveriam ser executados imediatamente. Contudo, muitas vezes não é o que ocorre. E um dilema é estabelecido.

Inexistindo previsão normativa acerca do prazo prescricional quanto à pretensão executória no âmbito do processo administrativo disciplinar, mas se considerando que a pena foi devidamente publicada em tempo hábil, deve-se concluir pela possibilidade da Administração Pública executar a penalidade imposta ao servidor, ante a patente ausência de óbice legal.

Haveria de ser previsto, de forma expressa, a prescrição da pretensão executória no ordenamento jurídico federal ou mesmo nos outros entes federados, hipótese em que incidiria o eventualmente instituído marco temporal extintivo da execução da pena já aplicada.

22 COSTA, José Armando da. Controle Judicial do Ato Disciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 81.

23 VAROTO, Renato Luiz Mello. Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 149.

O princípio da segurança jurídica e o da boa-fé devem incidir em casos concretos, ainda que configurada excessiva demora pela Administração na adoção de medidas materiais para a execução da pena disciplinar já publicada, buscando-se privilegiar a proteção da confiança do servidor (julgado culpado, mas contra quem não se executou a penalidade ainda), em contraposição ao interesse público em cumprir a decisão publicada, mas não executada, ainda que por injustificada e exclusiva inércia administrativa.

Em casos extremos, em que houver a inexecução de penas publicadas há muito tempo, mas não seguidas das providências executórias pertinentes – uma vez que não há disposição legal expressa e, portanto, não cabe falar em prescrição da exatoriedade da pena regularmente publicada, de forma paliativa –, pode-se aplicar o limite temporal imposto pelo artigo 1º do Decreto nº 20.910/32 e artigo 54, da Lei Federal nº 9.784/99, já citados, de modo a impedir que seja estabelecida a imprescritibilidade. Deve-se aplicar um limite, para que a situação não perca eternamente, posto que, como já se viu, tal situação é inconstitucional e vai de encontro a todo o sistema vigente.

## Conclusão

Concretizada a prescrição, ocorre a extinção da punibilidade, possibilitando apenas a anotação do fato nos assentamentos funcionais do servidor. Esse instituto privilegia a segurança jurídica e a paz social, além de ser garantia constitucional. Não objetiva, assim, proteger o servidor infrator, mas evitar que a apu-

ração disciplinar se prolongue indefinidamente.

A prescrição da ação disciplinar é regida pelo artigo 142 da Lei nº 8.112/90, que dispõe três prazos distintos para apurar o prazo prescricional, de acordo com as penas a serem aplicadas. A instauração de sindicância disciplinar ou de Processo Administrativo Disciplinar interrompe a prescrição, por uma única vez, sendo que os procedimentos meramente investigativos não têm o condão de interromper o fluxo prescricional. Dessa forma, a punibilidade pode ser alcançada pela prescrição em dois momentos distintos: antes da instauração de sindicância ou PAD e depois dessa instauração.

A ciência do fato pelo titular do órgão ou da autoridade competente para instauração do procedimento disciplinar faz com que se inicie o prazo prescricional e a prescrição recomeça a correr, por inteiro após o prazo previsto para conclusão do procedimento disciplinar, em face de posicionamento unânime dos tribunais superiores e parecer vinculante da AGU. O prazo previsto para a conclusão de PAD pelo rito ordinário é de 140 dias; para a sindicância disciplinar, é de 80 dias; e, no caso do PAD sob rito sumário, de 50 dias, após o qual se recomeçará o fluxo prescricional, impulsionando a apuração, de modo que não se possa delongar indefinidamente.

Nos casos de sobrestamento judicial do PAD, o prazo prescricional não flui enquanto vigorar a decisão da Justiça de manter o PAD suspenso ou que impeça a aplicação de penalidade, ainda que não haja previsão legal expressa nesse sentido. Cessado o efeito da decisão judicial, o prazo prescricional volta



a fluir, aproveitando-se o tempo já decorrido antes da suspensão.

Caso a sindicância disciplinar ou o PAD sejam anulados desde o início, a interrupção do prazo de prescrição se dará apenas com a instauração de uma nova sindicância disciplinar ou PAD, devendo o prazo ser computado desde a data da ciência pela autoridade.

Conforme teor do § 2º do artigo 142, as infrações disciplinares com correspondente tipificação criminal deverão respeitar os prazos de prescrição estabelecidos no Código Penal, aplicando-se exclusivamente prazo prescricional ali fixado, embora a forma de computar (*dies a quo*, interrupção do prazo com a instauração de PAD etc.) continue sendo a regida pela legislação administrativa.

Segundo orientação jurisprudencial do STJ, a simples correspondência entre a tipificação da infração administrativa e do ilícito penal não autoriza a aplicação do prazo prescricional previsto na lei penal, necessitando, para tanto, o recebimento, pelo Juízo Criminal competente, da denúncia em face do servidor acusado de fatos correlatos, sendo utilizado o artigo 109, do CP, nos casos antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, e o artigo 110, após esse trânsito.

Acórdão unânime do STF, entretanto, afirma ser irrelevante a existência de ação penal em curso. Esse posicionamento privilegia o princípio da independência das instâncias e o disposto na legislação pertinente.

Ademais, se somente é possível saber, com exatidão, a pena efetivamente aplicada e, igualmente, a prescrição *in concreto* quando do trânsito em

ulgado da sentença penal condenatória, é desproporcional e atenta contra a legislação e o princípio da independência entre as instâncias exigir que a Administração aguarde o término do processo penal para então proceder à responsabilização do servidor, obrigando o ente administrativo a conservar em seus quadros um agente indesejável e nocivo. Tornaria, ainda, mais vantajoso ao servidor que cometesse um crime contra a Administração Pública do que uma falta simples, já que a última é independente do juízo criminal e é regida pelos prazos administrativos.

A razão de existir o dispositivo que vincula a prescrição administrativa à do crime está na proteção do interesse público, ampliando, na maioria das vezes, os prazos para que a Administração efetive a punição após o devido processo administrativo. Ressalta-se que, em alguns casos, pode ocorrer o inverso, como no caso do abandono de função previsto no *caput* do artigo 323 do CP, que termina por reduzir a possibilidade de aplicação da pena de demissão para dois anos (art. 109, VI, CP).

Diante disso, temos que o mais correto para aplicação da prescrição penal referida pelo § 2º do artigo 142 da Lei 8.112/90 é a pena *in abstracto*, considerando o tipo e sua pena máxima descrita na lei. Entretanto, é mais prudente para a Administração considerar o prazo de prescrição na forma mais conservadora possível, de modo a se evitar possível anulação judicial, que inviabilizaria a adequada punição do servidor infrator.



## Referências Bibliográficas

TRIPPO, Maria Regina. Imprescritibilidade Penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

BEVILACQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.

CÂMARA LEAL, Antônio Luís da. Da prescrição e Decadência: Teoria Geral do Direito Civil. 2.<sup>a</sup> ed. atual. por José de Aguiar Dias, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

COSTA, José Armando da. Prescrição Disciplinar. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. v 1.

MIRANDA, Pontes. Tratado de Direito Privado, v. 6, § 666.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29a. ed. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ARAÚJO, Edmir Netto de. Contrato Administrativo. São Paulo: RT, 1986.

BREITMAN, Nelson Rodrigues. Prescrição disciplinar: uma abordagem didática, com base na jurisprudência. [on-line] Disponível na internet via WWW. URL: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11800>>. (Consultado em: 12/11/2008).

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Contagem dos prazos prescricionais da lei penal para punições disciplinares de servidores públicos: reflexão crítica sobre os conceitos de tipicidade e discricionariedade das faltas administrativas para os fins do art. 142, § 2º, da Lei nº 8.112/90. Jus Navigandi. [on-line] Disponível na internet via WWW. URL: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9181>>. (Consultado em: 28/07/2008).

SILVEIRA, Júlio César Costa da. Da Prescrição Administrativa e o Princípio da Segurança Jurídica: Significado e Sentido.

REIS, Palhares Moreira. Processo Disciplinar. 2a. ed. rev. e atual., Brasília: Consulex, 1999. p. 289-290.

COSTA, José Armando da. Controle Judicial do Ato Disciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

VAROTO, Renato Luiz Mello. Prescrição no Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Manual de PAD. Apostila de Texto. [on-line] Disponível na internet no endereço <<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/guiapad/Arquivos/ApostilaTextoCGU.pdf>>. (Atualizada até março 2010).

# O uso do sistema de videoconferência no processo administrativo disciplinar

*Érika Lemância Santos Lôbo*, graduada em Direito e Psicologia, especialista em Direito Administrativo Disciplinar. Atualmente ocupa o cargo de Analista de Finanças e Controle da CGU.

## 1. O uso do sistema de videoconferência no processo administrativo disciplinar

Nunca a sociedade experienciou tantas transformações em tão curtos intervalos de tempo. Aumentaram-se as alturas, as forças, as velocidades! Por tudo isso, a sociedade da era da rede mundial de computadores não pode ficar alheia a esses avanços, devendo repensar temas à luz dessas novas vertentes. Exemplo disso é a possibilidade de realização de atos processuais por meio do sistema de videoconferência no processo administrativo disciplinar.

Recentes alterações no Código de Processo Penal permitiram o uso da videoconferência em oitivas de testemunhas e interrogatório de réus no processo penal, desde que não comprometa a ampla defesa e seja utilizada em situações excepcionais, possibilitando assim a realização de audiências a distância e em tempo real.

O mesmo não aconteceu no Direito Administrativo Disciplinar, no qual se continua sem previsão legal a embasar o uso da videoconferência no Processo Administrativo Disciplinar. Contudo, ainda que sem previsão expressa, acredita-se ser lícito o seu uso em procedimentos disciplinares.

Os que defendem o uso de meios eletrônicos no processo alegam, por um lado, que não há ofensa aos princípios constitucionais e fundamentais, não ferindo direitos individuais garantidos constitucionalmente. Por outro lado, afirmam que a modernização do Poder Público se faz imprescindível para a efetivação de uma prestação efetiva, concreta, sendo uma necessidade que se impõe.

Os que se insurgem contra o uso da videoconferência levantam a tese de que haveria ofensa ao Devido Processo Legal e à ampla defesa, portanto, incompatível com o nosso ordenamento pátrio.

## 1.1. Princípio da Legalidade

Sabe-se que um dos pilares básicos do Direito Administrativo é que ao administrador somente é dado fazer aquilo que a lei permite. É o princípio da legalidade, aplicado ao Direito Administrativo. Encontra-se esse princípio expresso em dois comandos da nossa Constituição Federal, como de observação obrigatória. Inicialmente no artigo 5º, inciso II, garantindo liberdade aos cidadãos, quando prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que não seja previsto em lei. Em seguida, no artigo 37, caput, regulando toda a Administração Pública, em todos os níveis.

Percebe-se aqui que a Administração Pública não possui poderes ilimitados, não está livre para fazer ou deixar de fazer algo de acordo simplesmente com a vontade do gestor. Pelo contrário, deverá obedecer aos comandos da lei em toda a sua atuação, diferentemente do particular, ao qual é dado fazer tudo o que a lei não proíbe.

O princípio da legalidade nasceu como um antídoto necessário para autolimitação do Estado, sujeitando este ao império da lei. Antes, no Estado Liberal de Direito, a legalidade primava pelo formalismo exacerbado, em detrimento da efetiva realização de justiça. Mas foi, juntamente com a sociedade e o Estado, evoluindo e se transformando.

Agora, já não basta a legalidade formal, uma vez que esta oferece apenas segurança jurídica, mas não justiça. O que se busca com a ampliação desse conceito é a justiça material, e, com

isso, o princípio da legalidade cede gentilmente espaço para o princípio da juridicidade, em que a legitimidade se dá pelo conteúdo, não pela forma da lei.

Portanto, o Direito Administrativo não deve mais se restringir apenas aos ditames da lei em sentido estrito, mas ao Direito. E não podia ser diferente: a sociedade procura a materialização da justiça, segundo seus imperativos e anseios. Com isso, a Administração Pública, antes de se submeter à lei, deve obediência a todo o ordenamento jurídico. Não se pode pensar o Direito em partes, mas sempre como conjunto harmônico de regras e princípios em busca de justiça. E são esses princípios que embasam determinadas condutas do Administrador Público, ainda que não previstas em lei.

## 1.2. Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência, previsto no caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, é princípio geral da Administração Pública e de observância obrigatória para o administrador público.

Eficiência implica a relação entre os resultados obtidos e os recursos empregados para atingi-los. Seria a forma mais econômica de se chegar a um determinado resultado. De fato, a Administração Pública deve buscar aperfeiçoar as suas ações por meio de medidas que tornem céleres e eficazes os seus procedimentos, visto não ser interessante para a sociedade a manutenção de estruturas públicas administrativas ineficientes. Não mais se justifica, por exemplo, um processo administrativo disciplinar moroso, dis-

***Não se pode ficar alheio aos avanços tecnológicos disponíveis, às facilidades que a informática tem proporcionado. Faz-se necessário buscar procedimentos capazes de dar respostas concretas à sociedade, utilizando-se de todo o arsenal lícito disponível para garantir uma prestação administrativa justa, célere, efetiva, com o menor dispêndio possível.***

pendioso de tempo e recursos. A sociedade exige a prestação de uma justiça célere e eficaz e, como bem já dizia Ruy Barbosa, “a justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Muitas vezes, a aflição pela espera de uma decisão de um processo administrativo disciplinar gera um estado de insatisfação, de instabilidade, mais acentuado do que o recebimento de um julgamento desfavorável, pois a angústia de se ver em uma situação pendente e sem perspectiva de quando vai se resolver pode ser mais incômoda do que uma decisão negativa de sua pretensão, mas, enfim, uma decisão.

Por outro lado, a morosidade de um processo administrativo disciplinar acarreta um descrédito por parte dos cida-

ãos perante a Administração Pública, pois esta deve, de forma eficaz, pôr fim a uma problemática, trazendo resultados efetivos para a sociedade.

Com o advento da globalização, a Administração Pública passou por um processo de mudança e começou a dar ênfase à sociedade, aumentando a qualidade dos serviços prestados aos administrados e a necessidade incessante de reduzir gastos na esfera administrativa. Essa forma de administração está focada no resultado e tem como objetivo servir à sociedade, racionalizando o uso do dinheiro público, aumentando a produtividade e buscando a eficiência.

Nesse ponto, considera-se o uso da videoconferência como instrumental necessário para a efetivação do princípio da eficiência. Não se pode ficar alheio aos avanços tecnológicos disponíveis, às facilidades que a informática tem proporcionado. Faz-se necessário buscar procedimentos capazes de dar respostas concretas à sociedade, utilizando-se de todo o arsenal lícito disponível para garantir uma prestação administrativa justa, célere, efetiva, com o menor dispêndio possível.

### **1.3. Princípio da Economia Processual**

A economia processual deve ser perseguida em cada ato processual. É preciso poupar qualquer desperdício, seja de tempo, seja de dinheiro, tomando medidas adequadas às finalidades da sede disciplinar. Para isso, deve-se usar de todos os procedimentos lícitos que acelerem o andamento processual, dando assim uma resposta rápida aos envolvidos e à sociedade.

É um dever da Administração Pública gerir bem os seus recursos, tanto humanos quanto materiais. Faz-se necessário obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual. Pode-se resumir o princípio da economia processual em duas palavras: justiça rápida e barata. Significa deixar de lado diligências e procedimentos inúteis, que em nada favoreçam a busca da verdade real.

#### **1.4. Princípio da Efetividade**

O princípio da efetividade implica a busca pela finalidade da lei. Não basta apenas cumpri-la. A Administração Pública, na busca pela consecução dos seus objetivos, deve sempre buscar a real finalidade do legislador quando da confecção da lei, não se satisfazendo apenas em cumprir os seus mandamentos.

Esse princípio se encontra consagrado no nosso ordenamento jurídico no artigo 5º, XXXV, da CF/88, e decorre diretamente do princípio do Devido Processo Legal. Não basta apenas uma prestação administrativa, é preciso antes que essa prestação concretize a força normativa da nossa Constituição. Nos dias atuais, não basta o mero reconhecimento de um direito, é preciso, de fato, realizá-lo, implementá-lo, torná-lo possível.

Transportando esse princípio para o Direito Administrativo Disciplinar, temos que todos os servidores têm direito a um processo administrativo disciplinar imparcial, justo, em que o real objetivo seja a busca da verdade material, sem a preocupação de punir ou absolver os envolvidos. Essa foi a real finalidade do

legislador ao tratar do processo administrativo disciplinar, e deve ser perseguida pelo administrador público na sua atuação, primando assim pelos ditames do princípio da efetividade.

Com isso, embora não expressamente autorizado o uso da videoconferência no processo administrativo disciplinar, defende-se ser plenamente desejável e lícito, uma vez que o uso desse instrumental se coaduna com os ditames da efetividade administrativa, em que não mais se justifica o uso indevido de tempo e recursos.

#### **1.5. Princípio da Celeridade Processual**

O princípio da celeridade processual, acrescentado pela EC nº 45 ao extenso rol dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados, trouxe grande avanço, ao passar a ter status constitucional.

É certo que a morosidade, na prestação administrativa, é equivalente à ineficácia ou inutilidade da própria prestação. No caso do processo administrativo disciplinar, essa morosidade na sua conclusão pode acarretar uma possível prescrição da pretensão punitiva administrativa, impossibilitando assim a aplicação de penalidades. Ocorrendo isso, terá havido um gasto desnecessário e ineficaz. A eficácia do processo disciplinar depende estritamente da satisfação das pretensões que lhe são outorgadas quando da sua instauração, o que só será possível se concluído em tempo adequado.

Atualmente, muito embora ainda exista quem não aceite o reconheci-

to expresso do direito a uma tutela jurisdicional e administrativa em um prazo razoável, não subsistem motivos para tal resistência, já que, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, toda e qualquer discussão acerca da matéria resta sepultada.

Contudo, de nada adiantam regramentos puros e simples acerca da duração razoável do processo; é preciso que a Administração Pública adote medidas de ordem prática, que concretizem e garantam, de forma real, um processo disciplinar mais efetivo, ágil. Nesse contexto, faz-se imprescindível o uso da videoconferência, como forma de dar efetividade às disposições do texto constitucional. A celeridade não é apenas um direito do servidor envolvido em processo disciplinar de ter uma resposta em tempo hábil, célere; é também um dever da Administração Pública de zelar por um processo mais efetivo e menos dispendioso de tempo.

## **1.6. Princípio do Devido Processo Legal**

O princípio do Devido Processo Legal, que por sua vez engloba os princípios do contraditório e da ampla defesa, é um importante instrumento para o alcance da tão almejada justiça, pois não basta apenas um processo, é preciso antes um processo justo, imparcial, com regras prévias a serem seguidas e com igualdade de oportunidade entre as partes. É preciso primar pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Esse princípio garante o seguimento de um rito processual previsto na legislação infraconstitucional, que deve estar em consonância com os di-

tames da constituição. No caso do processo administrativo disciplinar, o principal regramento se encontra na Lei 8.112/90. É uma garantia ao administrado de que terá um processo ordenado, mas também um processo adequado, justo, no qual estejam protegidos os seus direitos.

Portanto, não é suficiente o direito a um processo administrativo disciplinar; é preciso que esse processo assegure ao servidor o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, em especial o devido processo legal. Dessa forma, chega-se a uma decisão justa, e não a uma decisão tão somente.

### **1.6.1. Princípio do contraditório e da ampla defesa**

O princípio do contraditório, juntamente com a garantia da ampla defesa, encontra-se disciplinado na Constituição Federal pátria no art. 5º, LV.

O contraditório, aplicado ao processo administrativo disciplinar, indica que os servidores têm o direito de se defender dos fatos que lhes são imputados, com igualdade de condições entre as partes e liberdade para especificar todas as provas que pretendem produzir no processo, desde que lícitas. Não basta apenas saber dos fatos que lhes estão sendo imputados, é preciso ter concreta oportunidade de defesa, em igualdade de condições entre os envolvidos.

Esse princípio vem garantir a participação efetiva das partes no processo, para que, em pé de igualdade, possam interferir no desenrolar deste e, com isso, influenciar na decisão final. O objeto central do contraditório não é ape-

nas a defesa em si, mas a possibilidade plena de influenciar no desenvolvimento e na conseqüente decisão do processo, aumentando as possibilidades de êxito.

O nosso ordenamento jurídico impõe que ninguém seja acusado sem antes lhe ter sido dada oportunidade de defesa. É um direito constitucional ser ouvido, é um direito participar concretamente na formação da decisão, atuando ativamente no processo, com absoluta liberdade para trazer elementos que melhor conduzam ao entendimento da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar (CPAD). Dessa forma, a decisão final é resultado da participação de todos os envolvidos, e não apenas dos membros da CPAD.

A garantia constitucional da ampla defesa decorre diretamente do contraditório e “não é uma generosidade, mas um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda minimamente democrático” .

Portanto, a todos os servidores envolvidos em processos administrativos disciplinares, devem estar assegurados o Devido Processo Legal, juntamente com o contraditório e a ampla defesa. Daí decorre que as condutas administrativas não poderão ser irracionais e desproporcionais, o que implicaria decisão contrária não apenas ao servidor, mas ao interesse público, visto que estaria violando todo o ordenamento jurídico pátrio.

Nesse ponto, os que se insurgem contra o uso da videoconferência em

processo administrativo disciplinar alegam ofensa ao princípio do Devido Processo Legal. Mas essa afirmação não prospera; pelo contrário, diante do exposto reconhecimento do direito do servidor ao Devido Processo Legal e, entendendo como tal, a garantia fundamental de um processo justo e tempestivo, reconhece-se, por conseguinte, que, além de um direito do servidor, estamos diante do dever da Administração Pública de zelar por um trâmite processual ágil e por uma resposta, para o servidor e para a sociedade, dentro de um lapso de tempo razoável.

Não mais se coadunam com a ordem jurídica vigente delongas processuais e inaceitáveis burocracias procedimentais. A tutela administrativa há de ser pronta e eficaz, para que seja justa. Quanto mais distante da ocasião propícia for assegurada a tutela pretendida, tanto mais fraca e ilusória será sua respectiva eficácia, o que implica dizer que não será justa.

A Administração Pública tem o dever de dar uma resposta concreta aos anseios da sociedade, combatendo, efetivamente, as irregularidades no serviço público. Não basta apenas a instauração da sede disciplinar, faz-se necessário que, ao final, se possa aplicar, se for o caso, a penalidade, sem que esta tenha sido prescrita. Portanto, uma vez que o uso desse mecanismo tecnológico vem justamente como forma de garantir um processo administrativo com base nos comandos do nosso ordenamento jurídico, defende-se o seu uso na instrução processual, sem que estejamos diante de uma inconstitucionalidade.



## 1.7. Princípio do Formalismo Moderado

Outro ponto que embasa o uso da videoconferência no processo administrativo disciplinar é o princípio do formalismo moderado. Esse princípio defende que a Administração Pública não deve se ater a formas rígidas, a rigorismos formais que dificultem a defesa do servidor e o bom andamento processual.

O princípio do formalismo moderado significa, no processo administrativo disciplinar, a adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (art. 2º, par. único, IX, Lei Federal nº 9.784/99), de maneira que o conteúdo deve prevalecer sobre o formalismo extremo, respeitadas as formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (art. 2º, par. único, VIII, Lei Federal 9.784/99).

Então, respeitadas as garantias e os direitos fundamentais do servidor, é lícito à Administração Pública usar de mecanismos que acelerem o trâmite processual, chegando assim a um resultado em tempo hábil. Essa decisão efetiva, célere, é benéfica tanto para o servidor, que deixa de ter essa pendência na sua vida profissional, quanto para a sociedade, que, caso aquele seja considerado culpado, possa-lhe ser aplicada a pena-lidade devida.

## 1.8. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade

O agente público, para direcionar a sua atuação, deve-se pautar pelos princípios da razoabilidade e da proporcio-

nalidade. Apenas dessa forma suas decisões serão legítimas.

Segundo Bertoncini, a adequação entre meios e fins, para atendimento das finalidades do interesse público, constitui o conceito básico do princípio da razoabilidade.

Existe uma estreita vinculação do princípio do Devido Processo Legal com a noção de razoabilidade, sob o fundamento de que o Devido Processo Legal tem por escopo a proteção dos direitos fundamentais contra condutas irrazoáveis, desproporcionais e arbitrárias eventualmente praticadas pelo Poder Público.

No que tange ao princípio da proporcionalidade, este defende que as competências administrativas somente poderão ser exercidas na proporção adequada para que se atinja a finalidade pública a que se destinam. Ao se usar a competência administrativa de forma não proporcional, não atingindo a finalidade legal a que se destina, há o descumprimento de uma norma jurídica, ou seja, ocorre uma ilegalidade.

A proporcionalidade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Atos desproporcionais são ilegais e por isso fulmináveis pelo Poder Judiciário.

É de destacar o inciso LXXVIII do art. 5º, inserido pela EC 45/2004, que tor-

nou expresso o princípio da razoabilidade, e o inciso XIII do art. 93, inserido pela EC 45/2004, que consagrou o princípio da proporcionalidade.

Esses princípios podem ser resumidos, de uma forma bem simplória, no bom senso. As decisões discricionárias devem obedecer à finalidade pública, ao mesmo tempo em que devem limitar o direito dos particulares na menor medida possível. Configura encontrar-se o ponto de equilíbrio entre os diversos interesses da coletividade.

Uma vez guiando-se por esses princípios, a atuação da CPAD estará primando pela efetividade e eficiência no serviço público, com redução de custos e tempo, bem como garantindo aos envolvidos a certeza de participarem de um processo com base do Devido Processo Legal, ao fim do qual será exarada uma decisão final justa, célere e efetiva.

## Conclusão

À Administração Pública cabem as mais diversas atribuições, desde o exercício de atividades rotineiras até o exercício de funções tão essenciais ao pleno bem-estar da coletividade. As atividades ou funções estatais são previstas de acordo com as necessidades da coletividade, na medida em que, para exercer seu poder e atingir seu desiderato, qual seja, o bem-estar social, a Administração Pública precisa agir. Dentre as funções essenciais da Administração Pública, está a função disciplinar.

Essa função indica que a autoridade competente, ao tomar conhecimento

de alguma irregularidade no serviço público, deve instaurar a sede disciplinar em busca da verdade real dos fatos. É dever da Administração Pública para com a sociedade a instauração de procedimentos disciplinares necessários à verificação de supostas irregularidades. É direito do servidor público a instauração de um rito disciplinar próprio, não se admitindo a aplicação de uma penalidade sem base no Devido Processo Legal.

Contudo, o processo administrativo disciplinar não se encerra em si mesmo. Para que tenha eficácia, é necessário que seja concluído dentro de um prazo razoável, sob pena de que a possível penalidade a ser aplicada seja atingida pela prescrição.

Portanto, não basta apenas que a Administração Pública preste a tutela administrativa demandada; é preciso que a preste com humanidade e respeito, vislumbrando a necessidade do envolvido e da sociedade de obter uma resposta justa, pontual, célere e, conseqüentemente, eficaz. O processo administrativo disciplinar, para ser completo, deve surtir todos os seus efeitos, pondo fim, de fato e de direito, à questão disciplinar levantada.

Não é de hoje que a sociedade brasileira tem discutido a morosidade dos procedimentos administrativos, sendo tal questão algo que foi gradualmente apresentando, à medida que o nosso país evoluía, já que, junto com essa evolução, também ia nascendo nos cidadãos a necessidade de respeito, por parte da Administração Pública, aos seus direitos.

O processo administrativo disciplinar é o instrumento que permite à Administração Pública resolver os conflitos disciplinares de sua competência. Um processo que se mantém indefinidamente no tempo mantém também o ânimo belicoso existente entre os envolvidos que são partes do conflito. Por sua vez, quando o processo é célere, a Administração Pública define o direito que cabe a cada um, e, enfim, a paz é restaurada.

Além disso, a demora no desenrolar do processo disciplinar beneficia, quase sempre, o servidor que não tem razão. Sabemos que, na maioria dos casos, o servidor culpado sabe da sua culpa e, por isso, não tem interesse em colaborar com o bom andamento do processo, visando se beneficiar de possível prescrição. Dessa forma, o processo disciplinar tem-se transformado, em muitas situações, em instrumento de impunidade – tudo isso ocasionado pela lentidão na entrega da prestação administrativa.

O que o servidor culpado deseja é apenas se favorecer do tempo despendido no decorrer do processo para manter o bem (cargo) em seu poder, sem que contra essa situação a Administração possa intervir. É comum comemorarem o “sucesso” do processo, tendo em vista a prescrição que já se sucedera ou que se configurará com “anos-luz” de antecedência do julgamento final.

Ao servidor inocente envolvido em processo administrativo disciplinar, tem-se que a demora na prestação administrativa ocasiona um dano irreparável na sua vida profissional e social. E toda e qualquer atitude (ou não atitude) que surja com outra finalidade que não a

paz social e o bem-estar da coletividade é uma afronta aos direitos mais fundamentais do ser humano. Não podemos hoje acreditar em aforismos como a Justiça tarda, mas não falha. A justiça que tarda falha, sim. E falha exatamente porque tarda.

Sob o prisma da sociedade, um processo administrativo lento acarreta um custo desnecessário de recursos humanos e materiais, sem falar na prescrição, que pode colocar a perder todo o trabalho feito. Isso gera insegurança e descrédito por parte da coletividade, além de ofensa a toda uma ordem jurídica.

Em termos práticos, podem-se enumerar rapidamente vários benefícios advindos do uso da videoconferência no processo administrativo disciplinar: evita deslocamentos dos servidores envolvidos, de testemunhas e peritos, com grande economia de tempo e de recursos materiais; elimina a expedição de cartas precatórias, cartas de ordem e cartas rogatórias, agilizando o trâmite processual; otimiza o tempo de advogados, defensores, membros da CPAD; gera economia para o servidor, que não precisará despendar tempo e recursos materiais para acompanhar oitivas de testemunhas, bem como economizará nas despesas de deslocamento do seu procurador.

Conclui-se que o uso do sistema de videoconferência em sede disciplinar se faz indispensável, pois otimiza e acelera a prestação administrativa, ocasionando economia de tempo e de dinheiro. Não se servir desse arsenal tecnológico seria ir contra os mandamentos constitucionais vigentes para a boa gestão pública atual. A efetivida-

de, a eficiência, a celeridade e a economia processual não podem ficar apenas no corpo da nossa constituição federal; devem ser efetivadas, concretizadas. E é com base nesses mandamentos que a Administração Pública deve embasar a sua atuação, para que esta seja legítima.

Não prospera a afirmação de que o uso do sistema de videoconferência, em processo administrativo disciplinar, afrontaria princípios fundamentais como o da ampla defesa, do contraditório e do Devido Processo Legal. Pelo contrário.

Os sistemas informatizados de teletransmissão ao vivo e em tempo real ajudam a concretizar a ampla defesa no processo administrativo disciplinar. Tanto é assim que esses sistemas facilitam o acompanhamento de todos os atos processuais, sem maiores desperdícios de tempo e de recursos materiais. O servidor indiciado em processo administrativo disciplinar tem direito a receber diárias e passagens quando do seu interrogatório. Contudo, o mesmo não acontece com o seu procurador, que tem as suas despesas franqueadas pelo próprio servidor. Ademais, o servidor também não tem direito a diárias e passagens para ouvir interrogatórios de outros réus nem às oitivas de testemunhas, devendo arcar com todos os custos de deslocamento.

Não há nulidade sem prejuízo. É a regra do art. 563, do Código de Processo

Penal: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. É preciso entender que o meio utilizado para determinado ato processual não contamina nem desnatura o ato.

O que pode nulificar o ato processual, trazendo nulidade a todo o processo daí para frente, é não assegurar ao servidor envolvido os direitos que lhes são outorgados, como o de ser acompanhado pelo seu defensor, o de falar e ser ouvido, o de produzir provas, o de permanecer em silêncio, se assim desejar, dentre outros.

A presença do acusado ou das testemunhas, por meio do sistema de videoconferência, mais do que uma presença virtual, é uma presença real, por isso não deixa de ser concreta e atual. A interação é recíproca, a distância é meramente espacial. Não há, de fato, nenhum prejuízo real para o servidor. Logo, não há qualquer justificativa no plano da razoabilidade que justifique o não uso desse mecanismo tecnológico. Se foi atingida a finalidade do ato, não há que se falar em nulidade.

Enfim, não podemos remar contra a maré da modernidade. O uso difundido de sistemas informatizados em processos administrativos disciplinares é uma questão de tempo. Pouco tempo. E é uma evolução que merece aplausos. Defender o contrário seria o mesmo que negar as tecnologias a nosso favor.

## Referências Bibliográficas

PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 4ª ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Princípios de Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Relatividade da competência discricionária. Revista Trimestral de Direito Publico, São Paulo, n. 25, p.13-19, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. Revista de Direito Público, n.65, jan.-mar. 1983.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 1998.

# Processo administrativo disciplinar europeu: procedimento e formação de comissões

*Fernando Toledo Carneiro*, Especialista em Direito Administrativo Disciplinar pela Unb. Analista de Finanças e Controle da CGU lotado na Corregedoria Setorial dos Ministérios do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior e do Turismo.

## Introdução

O Direito Disciplinar, para ser conceituado, precisa buscar uma distinção comum na ciência política: a que se tem entre comunidade e sociedade. Ele pressupõe essa distinção, porque sua particularidade específica é agir no seio de comunidades, subgrupos sociais que se ligam por interesses comuns, condições pessoais específicas, funções e estatutos singulares: os trabalhadores, os funcionários públicos, os magistrados, os advogados.

Ele é construído para garantir, no seio desse grupo, a normalidade, visando à consecução dos interesses do grupo perante a sociedade. **A comunidade impõe a si mesma regras de conduta, cujo fim é garantir a imagem que ela pretende passar à sociedade como um todo.** Os magistrados são imparciais. Os advogados, o contrário. Trabalhadores, confiáveis, e funcionários, probos. São os valores das comunidades que irão embasar o pre-

ceito primário das normas de direito disciplinar.

Ao passo que o preceito secundário – a sanção – será uma consequência que afete o interesse do indivíduo apenado, no seio da comunidade, na sua condição de seu membro, de empregado, de funcionário, magistrado ou advogado.

Isso explica, assim, porque, para a magistratura, é uma penalidade grave a aposentadoria disciplinar. Embora, em todas as outras comunidades, aposentadoria nunca seja sanção, para o magistrado aposentado por indisciplina, resta-lhe um estigma dentro de sua comunidade, que lhe arre mata de desgosto.

Do mesmo modo, uma mera advertência, para quem olha de fora do serviço público, parece não passar de uma “anotaçãozinha” nos assentamentos funcionais. Mas o servidor que a suporta, desde o processo administrativo disciplinar até a aplicação da penalidade,

será atingido em sua condição de membro daquela comunidade, de modo, para si, vexatório.

Dá que a sanção disciplinar mais grave será, sempre, a exclusão do indivíduo. Observem-se, por exemplo, sanções disciplinares militares. Nessa comunidade, nem mesmo a prisão, o cerceamento da liberdade, que, no Direito Moderno, vem sendo considerada a punição mais grave aplicável ao ser humano, com a preservação de um mínimo de dignidade, é tão rigorosa quanto a expulsão da comunidade.

Essa beleza escapa a muitos. O Direito Administrativo Disciplinar no Brasil está restrito. Sofre ora de uma abordagem excessivamente dogmática, reproduzida em manuais práticos feitos para comissões de inquérito ou acusados, que jamais, tanto estes quanto aquelas, quiseram estar no processo, ora de certo ostracismo – os mais difundidos manuais de direito administrativo pouco trazem a respeito do processo administrativo disciplinar. Fazem-no apenas na medida exata para explicá-lo.

É evidente que essa fração do Direito jamais prenderá a atenção de tantos quantos são aqueles que se dedicam ao Direito Penal, por exemplo. Todavia, mesmo um número proporcionalmente menor de estudiosos pode travar discussões em benefício do tema, sem apenas repetir o que já dizem as leis e a jurisprudência, simplesmente solucionando um ou outro caso específico, como vem acontecendo.

O dia-a-dia dos processos administrativos disciplinares demonstrou algumas questões turbulentas.

Os servidores públicos federais constantemente se recusam – embora não seja legalmente possível – ou se esquivam de participar de processos disciplinares. A possibilidade de estar envolvido em algo potencialmente ruim a um de seus colegas de trabalho e uma pretensa inaptidão para o trabalho investigativo são os alegados estorvos. Alguns sequer têm consciência de que é, igualmente, um *munus* atribuído a qualquer servidor, pouco importando que isso se distancie de sua área fim.

Essa situação será analisada nos dois ordenamentos que se pretende olhar. Há neles um processo leigo, tal como aqui no Brasil? Há um cargo exclusivo responsável pelas investigações administrativas? Seria essa uma alternativa viável ao caso brasileiro?

Outra questão é saber se é necessária, para um bom desenvolvimento do processo, a existência de uma comissão composta por três membros. Há alguma forma de se reduzir esse número, para agilizar as coisas? Se três participantes forem imprescindíveis, não seria mais adequado repartir competências, em vez de se ter membros com as mesmas funções? Um cuidaria da defesa, outro da acusação, e outro fiscalizaria ou julgaria. Isso não acarretaria uma maior dialética, melhorando as conclusões?

Enfim, o grau do contraditório nos processos disciplinares é sempre o mesmo? Pode haver graus de contraditório a serem respeitados? Há possibilidade de se assegurar um processo mais célere em detrimento de parte do contraditório?



Para aumentar os horizontes, o passo mais modesto é olhar para os lados. Buscar o que está sendo feito em outros países. Ver se os problemas são os mesmos e se as soluções podem ser importadas.

O objetivo é analisar aspectos considerados mais problemáticos do procedimento administrativo disciplinar federal, a composição das comissões de inquérito, o processo leigo, o modelo inquisitivo e o grau de contraditório e comparar o tratamento que a eles é dado pela legislação da União Europeia.

## 1. Instauração

Nos termos do artigo 86, §1º do Estatuto dos Funcionários da União Europeia (“Estatuto”)<sup>1</sup>:

1. *Todo e qualquer incumprimento dos deveres com fundamento no presente Estatuto, a que o funcionário ou o ex-funcionário se encontra vinculado, voluntariamente efetivado ou por negligência, sujeita o mesmo a uma sanção disciplinar.*

Nessa hipótese, a Autoridade com Poder de Nomeação (“autoridade”) ou o Organismo Europeu de Luta Antifraude (“OLAF”) podem abrir um inquérito administrativo, cuja finalidade é verificar a existência de uma infração disciplinar.

Para a jurisprudência, um inquérito administrativo não pode estar fundado apenas sobre elementos gerais que pos-

sam cobrir um número indeterminado e incontrolável de fatos repreensíveis. A abertura de um inquérito administrativo deve estar fundada sobre fatos suficientemente claros, para permitir separá-los de outras imputações (TJ, 15 de março de 1967, Gutmann / Comissão CEEA, Rec. p. 75.).

## 2. Procedimento

Conforme se afirmou na introdução, uma das questões mais tormentosas de se trabalhar com o processo administrativo disciplinar no Brasil é o caráter leigo das comissões *ad hoc* que são formadas para o inquérito administrativo. As pessoas responsáveis pelos inquéritos administrativos não o fazem profissionalmente, no sentido de não terem esse inquérito como seu cotidiano e não terem formação direcionada a ele. Por isso, quer-se estudar a formação dos órgãos responsáveis pela “persecução disciplinar” na Europa, de maneira a se retirar, caso possível, notícias que melhorem a lida do tema no Brasil.

Antes disso, é preciso uma breve descrição do procedimento tal como ele ocorre no Direito Comunitário, tanto mais para se saber quais são os órgãos responsáveis por tal persecução.

### 2.1. Breve descrição do procedimento

É preciso distinguir, na legislação da União Europeia, dois procedimentos claramente distintos, quais sejam, o *inquérito administrativo* e o *processo disciplinar*.

Essa distinção é essencial ao entendimento da matéria, porquanto, no

<sup>1</sup> Regulamento (CEE, Euratom, CECA) nº 259/68 do Conselho, de 29 de Fevereiro de 1968, que fixa o Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias. Jornal Oficial (JOCE) nº L 056 de 04/03/1968 p. 1-7.

Brasil, o inquérito administrativo não passa de uma fase dentro do processo disciplinar (Lei nº 8.112/90: art. 151).

Para o Direito Comunitário, todavia, o inquérito administrativo corresponde, grosso modo, a uma sindicância investigativa – sem contraditório e ampla defesa – prévia, na qual se faz uma investigação sobre os primeiros indícios da infração, tal como um inquérito policial, mas com a diferença de que, lá, ao final desse procedimento, o envolvido é notificado para dar sua visão dos fatos (Anexo IX do Estatuto: art. 1º, §1º).

### 2.1.1. Inquérito Administrativo

Constatada a possibilidade de uma infração disciplinar, a autoridade comunica ao OLAF a irregularidade para que ele se manifeste sobre o caso, pois pode acontecer de ele já estar investigando o fato ou ter interesse em fazê-lo. No caso negativo, abre um inquérito administrativo por si mesma, que ficará a cargo do Serviço de Averiguação e Disciplina (SAD) (Criado pela Decisão C(2002) 540 da Comissão, de 19 de fevereiro de 2002. Modificada pela Decisão C(2004) 1588 final/4, de 28 de fevereiro de 2004). Apenas o OLAF e o SAD estão autorizados a efetuar os inquéritos administrativos (Anexo IX do Estatuto: arts. 1º e 2º e Decisão C(2004) 1588 final/4 da Comissão, de 28 de abril de 2004).

Enquanto o OLAF tem por missão tratar as irregularidades prejudiciais aos interesses financeiros da União Europeia e faltas graves ligadas às responsabilidades profissionais dos funcionários, os inquéritos conduzidos pelo SAD versam sobre casos residuais ligados a faltas disciplinares menos graves. Na prática, não

há conflito entre os órgãos, porquanto a autoridade é obrigada a consultar o OLAF antes de abrir seu próprio inquérito. E este detém prioridade do trato da questão (Decisão C(2004) 1588 final/4, de 28 de fevereiro de 2004: art. 4º, §2º).

Se o OLAF tiver interesse ou já estiver investigando a infração, o SAD deve se abster. Do contrário, a autoridade pode, então, abrir um inquérito administrativo por meio do SAD. O SAD efetua o inquérito e o relata, expondo os fatos e as circunstâncias pertinentes; o mesmo fará o OLAF, nos processos sob os seus cuidados.

E, convém repetir, será ouvido o funcionário ao final.

Depois de recebido o relatório, seja do OLAF, seja do SAD, a autoridade dispõe de um grau de liberdade de apreciação. Ela pode arquivá-lo, mesmo que tenha sido constatada uma infração disciplinar, diante das circunstâncias do caso concreto (Anexo IX do Estatuto: art. 3º, §1º, a e b); requerer aos órgãos competentes pelo inquérito administrativo que o completem; aplicar, sem a instauração de um processo disciplinar, a penalidade de **advertência** (Anexo IX do Estatuto: art. 3º, §1º, b); ou, enfim, instaurar o processo disciplinar, com ou sem o Conselho de Disciplina (CD) (Anexo IX do Estatuto: art. 3º, §1º, c).

### 2.1.2. Processo Disciplinar

Há duas espécies de processo disciplinar no Direito Comunitário. A primeira, para os casos mais leves, desenrola-se sem a presença do CD. A segunda, para as penalidades mais severas, acontece com a consulta a esse órgão.

### 2.1.2.1. O processo disciplinar sem consultas ao Conselho de Disciplina

O Anexo IX do Estatuto contém uma seção IV, composta por um único artigo, 11, consagrado à eventualidade de um processo disciplinar sem consultas ao CD. Em vista dessa disposição estatutária, a autoridade pode aplicar as penalidades de **advertência ou de repreensão**.

Nesses casos, a despeito da inexistência de intervenção do CD, os direitos de defesa do funcionário devem ser respeitados. O art. 11, §2º do Anexo IX do Estatuto prevê que o funcionário seja previamente ouvido antes que a autoridade decida a respeito de qualquer sanção.

A jurisprudência considerou que as disposições estatutárias não permitem o estabelecimento de distinções entre os meios de defesa de que o funcionário pode dispor no curso do processo disciplinar, segundo esse processo disciplinar comporte, ou não, a intervenção do CD (TJ, Acórdão de 17 de dezembro 1981, Demont / Comissão (115/80, Rec. p. 03147) (cf. al. 9-10, 12)).

Na verdade, esse tipo de procedimento é muito simples, porquanto, com o relatório do inquérito administrativo, a autoridade escuta as razões do funcionário e decide em seguida, a menos que se requeiram algumas diligências a serem feitas em contraditório.

**Seria o equivalente – no processo disciplinar brasileiro – a se escutar novamente o acusado, após o relatório final da comissão**

### 2.1.2.2. A intervenção do Conselho de Disciplina

Se a natureza do caso exigir uma investigação mais aprofundada, o art. 12, §1º do Anexo IX do Estatuto prescreve que o CD será chamado a atuar, por meio de um relatório enviado pela autoridade, o qual conterá os fatos imputados ao funcionário, as circunstâncias em torno das quais eles ocorreram, bem como agravantes e atenuantes. Esse relatório deve ser transmitido ao presidente do CD e ao funcionário investigado. Em seguida, o presidente do CD dele dará conhecimento aos outros membros.

De acordo com a jurisprudência comunitária, esse relatório transmitido ao CD é delimitador dos fatos por que será julgado o funcionário. Em caso de descobrirem-se fatos novos, há de se remeter um relatório complementar ao CD, para conhecimento e emissão de parecer (TG, 19 de março de 1998, Tzoanos / Comissão, 115/80, Rec., p. 3147, itens 9-10 e 12).

Após a remessa do relatório preliminar ao CD, o direito disciplinar comunitário instaura, no art. 14 do Anexo IX do Estatuto, um tipo de “confissão eficaz”. O funcionário pode, na presença do presidente do CD, reconhecer que cometeu a infração disciplinar e aceitar, incondicionalmente, o relatório enviado ao CD pela autoridade.

Art. 14 do Anexo IX do Estatuto:

Se, na presença do presidente do CD, o funcionário acusado reconhecer que cometeu a falta e aceitar sem reservas o relatório a que se refere o artigo 12 do

presente anexo [relatório do inquérito administrativo encaminhado para o CD], a autoridade pode, no respeito do princípio da proporcionalidade entre a natureza da falta e a sanção a aplicar, retirar o processo do Conselho de Disciplina. Sempre que um processo for retirado do Conselho, o presidente do Conselho de Disciplina emitirá um parecer sobre a sanção a aplicar.

Nessas hipóteses, a autoridade pode aplicar penalidades de advertência por escrito, repreensão, suspensão de subida de escalão por um período determinado, que pode variar entre um e 23 meses, e descida de escalão.

***O funcionário pode, na presença do presidente do CD, reconhecer que cometeu a infração disciplinar e aceitar, incondicionalmente, o relatório enviado ao CD pela autoridade.***

Após essa oportunidade, caso o funcionário não aceite a falta imputada, o relatório encaminhado pela autoridade ao presidente do CD é distribuído a um dos membros do CD, que será responsável pelo conjunto do caso, informando os demais. A jurisprudência comunitária, ao analisar essa matéria, ainda sob a vigência do antigo Anexo IX, decidiu que a distribuição de processos entre os membros do CD é uma regra de boa administração, e não formalidade substancial do procedimento, de maneira que, se descumprida, não en-

sejaria, por si só, nulidade ao processo (Acórdão de 19 de maio 1999, Connolly / Comissão (T-34/96 et T-163/96, RecFP. p. II-463) (cf. itens 72, 74)).

O CD tem o poder de ordenar medidas de instrução complementares e de estabelecer um processo contraditório.

Em face dos elementos apresentados e tendo em conta as eventuais declarações escritas ou orais, bem como os resultados da instrução contraditória realizada, o CD emitirá, por maioria absoluta, um parecer fundamentado sobre a existência dos fatos imputados ao acusado e sobre a eventual sanção a que esses fatos possam dar origem. Esse parecer será assinado por todos os membros do CD. Qualquer membro do CD pode juntar ao parecer uma opinião divergente. O CD transmitirá o parecer à autoridade e ao funcionário acusado no prazo de dois meses, a contar da data de recepção do relatório de sua evocação, desde que esse prazo seja adequado ao grau de complexidade do processo. Mas, *quando se proceder à instrução contraditória* por iniciativa do CD, o prazo será de quatro meses, desde que esse prazo seja adequado ao grau de complexidade do processo (Anexo IX do Estatuto: art. 18).

Em seguida, a autoridade, de posse do parecer do CD, ouve novamente o funcionário e toma sua decisão, no prazo de dois meses (Anexo IX do Estatuto: art. 22), desvinculada do parecer do CD, podendo, inclusive, produzir novas provas indeferidas por este (Acórdão de 26 de janeiro de 1995, D / Comissão (T-549/93, RecFP. p. II-43)).

Considerado culpado, o funcionário estará sujeito a uma das seguintes sanções: a) advertência por escrito; b) repressão; c) suspensão de subida de escalão por um período determinado, que pode variar entre um e 23 meses; d) descida de escalão; e) classificação num grau inferior por um período determinado, que pode variar entre 15 dias e um ano; f) classificação num grau inferior, no mesmo grupo de funções; g) classificação num grupo de funções inferior, com ou sem descida de grau; h) demissão e, quando justificado, segundo as circunstâncias, a redução da pensão ou a retenção, por um período determinado, de um montante do subsídio de invalidez.

### 3. Formação dos Órgãos Responsáveis pela Perseguição Disciplinar

#### 3.1. Serviço de Averiguação e Disciplina da Comissão e o OLAF

O SAD e o OLAF são órgãos permanentes dentro do organograma da União Europeia. Seus funcionários têm como atividade fim o desenvolvimento dos inquéritos administrativos e o combate às fraudes e corrupções, e são especializados nesses assuntos.

Há dois requisitos essenciais para a boa condução dos inquéritos, a profissionalização e a permanência. A profissionalização das pessoas responsáveis pelo inquérito e a permanência dos órgãos competentes.

Nesse quesito, o processo disciplinar da União Europeia se aparta um pouco do brasileiro, porque, neste, a grande

maioria dos processos disciplinares é levado a cabo por servidores leigos.

#### 3.2. Conselho de Disciplina

Em cada instituição da União Europeia há um CD, ou mais, se o número de funcionários assim o exigir (Estatuto: art. 9º). As instituições da UE são o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho, a Comissão Europeia, o TJ, o Banco Central Europeu e o Tribunal de Contas (Tratado da União Europeia: art. 13, §1º).

A formação do CD é disciplinada pelo art. 5º do Anexo IX do Estatuto. A primeira exigência estabelecida é a de que, **pelo menos, um membro do CD deva ser de fora da instituição**, podendo ser seu presidente, inclusive. O CD é formado por **cinco** pessoas, um presidente e quatro membros, com seus respectivos suplentes. Esses são os membros natos do CD. Esses membros são nomeados por um **período máximo de três anos e mínimo de um ano** (Anexo IX do Estatuto: art. 6º, §3º) e devem deter um grau hierárquico compatível com o servidor envolvido (Anexo IX do Estatuto: art. 5º, §§3º e 4º). Assim, com a reforma de 2004, não há mais lugar para se nomear um novo CD à ocasião de cada novo processo disciplinar (VANDERSANDEN, G. e LEVI, L.. *La reforme administrative de La Commission – quelques considérations générales*. Cahiers de droit européen, 2005, p. 330 apud DALLE-CRODE, Sylvain, 2008).

Esse sistema, embora não previsto em lei, vem sendo adotado em alguns órgãos do poder executivo federal, com a denominação de “comissão perma-

nente de processo administrativo disciplinar”, com a diferença de que os membros das comissões permanentes não gozam de uma espécie de “mandato” ou nomeação a termo, como ocorre no CD europeu, o que lhes retira um tanto de sua independência.

Percebe-se que não existem intransponíveis diferenças em relação aos dois sistemas e que a importação do modelo europeu é de utilidade restrita, porque requer um conselho de disciplina de cinco membros, enquanto se utiliza no Brasil uma comissão de três membros, no mínimo. Todavia, a estabilidade que detém o CD, com membros nomeados por prazo certo, é uma boa iniciativa.

## Conclusão

Sabe-se que o regime disciplinar dos funcionários a serviço da União Europeia é, atualmente, regulamentado pelo Título VI e pelo Anexo IX do Estatuto. O órgão primordialmente competente para fazê-lo é o Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), sem prejuízo da competência da autoridade que nomeou o funcionário, por meio do SAD (Serviço de Averiguação e Disciplinar) (Anexo IX do Estatuto: art. 1º), ambos órgãos profissionais na investigação disciplinar, e permanentes.

A estrutura é semelhante à vigente na Administração Pública Federal, na qual a Controladoria-Geral da União tem competência para instaurar processos disciplinares contra quase todos os servidores públicos do Executivo Federal, sem prejuízo do poder disciplinar ligado à chefia — ligado ao poder hierárquico

(Lei nº 10.683/06: art. 18 e Lei nº 8.112/90: art. 143).

No quesito da profissionalização, o processo disciplinar da União Europeia aparta-se um pouco do brasileiro, porque, neste, a grande maioria dos processos disciplinares é levada a cabo por servidores leigos, enquanto lá as averiguações ficam a cargo do OLAF ou do SAD.

Além do mais, há, em cada instituição da União Europeia, um conselho de disciplina. Mas esse conselho, ao contrário das comissões de inquérito da Lei nº 8.112/90, é permanente, não *ad hoc* (Anexo IX do Estatuto: art. 5º). Tal estipulação parece estar mais de acordo com o princípio do juiz natural, e, quanto mais próximo dele se estiver, mais próximo se estará de um julgamento mais isento, o que é objetivo de um Estado Democrático de Direito (Constituição Federal: art. 1º). As matérias específicas de cada caso concreto, por não serem do conhecimento dos membros do CD, autorizam a convocação de dois membros *ad hoc* que sejam de hierarquia semelhante à do acusado e trabalhem com essa mesma matéria.

O conselho de disciplina é composto por um presidente e quatro membros. Sua função é instrutória e consultiva, pois a decisão fica a cargo da autoridade que nomeou o funcionário (Anexo IX do Estatuto: art. 22, §1º). O mesmo ocorre com as comissões disciplinares brasileiras, que, nomeadas pela autoridade instauradora, elaboram um relatório final conclusivo, para ser apreciado pela autoridade julgadora (Lei nº 8.112/90: art. 168).

Percebe-se que não existem intransponíveis diferenças em relação aos dois sistemas, e a importação do modelo europeu é de utilidade restrita, tendo em vista a carência de pessoal, porque requer um conselho de disciplina de cinco membros, enquanto, no Brasil, as comissões de inquérito vêm com três membros. Todavia, a estabilidade que detém o CD, com membros nomeados por prazo certo, é uma boa iniciativa.

Por sua vez, o contraditório está presente, visto que o funcionário deve ser ouvido antes de ser acolhida qualquer decisão em seu desfavor. Mas o contraditório não parece ser tão intenso quanto o realizado aqui no Brasil. Ele varia de intensidade de acordo com o procedimento disciplinar adotado, mas chega a alcançar o grau máximo, se o CD resolver instituir uma instrução contraditória. No Brasil, eventuais investigações realizadas sem o contraditório irão compor um aparte ao processo (Lei nº 8.112/90: art. 154), mas não deverão embasar a decisão.

Quatro últimos aspectos chamaram a atenção para um aprimoramento do processo disciplinar brasileiro, que não se pode deixar de anotar.

O primeiro é o art. 10 do Anexo IX do Estatuto, que, ao contrário da Lei nº 8.112/90, em seu art. 128, estabelece expressamente um grande rol de circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como a sujeição da autoridade ao princípio da proporcionalidade. São agravantes e atenuantes a) a natureza da falta e as circunstâncias em que ela ocorreu; b) a importância do prejuízo causado à integridade, à re-

putação ou aos interesses das instituições em consequência da falta cometida; c) o grau de dolo ou da negligência que envolve a falta cometida; d) os motivos que levaram o funcionário a cometer a falta; e) o grau e a antiguidade do funcionário; f) o grau de responsabilidade pessoal do funcionário; g) o nível das funções e das responsabilidades do funcionário; h) a repetição dos atos ou comportamentos faltosos; i) a conduta do funcionário ao longo da sua carreira.

No Brasil, já se anularam processos disciplinares, porque a autoridade julgadora deixou de levar em consideração tais circunstâncias e deixou de observar tal princípio (MS/STJ nº 13.523-DF, j. 13/05/2009, DJE 04/06/2009, Rel. Min. Arnaldo Esteves, 3º Seção). Caso estivesse expresso na lei um maior número de situações a serem consideradas, talvez esses processos pudessem ter sido salvos, pois a comissão atentaria para elas.

O segundo é um aumento do número de penalidades. Na prática, no Brasil, trabalha-se com três espécies de penalidades: as ditas “capitais” (Lei nº 8.112/90: art. 127, III, IV, V, VI), a suspensão e a advertência (Lei nº 8.112: art. 127, I, II). O art. 9 do Anexo IX do Estatuto trabalha com oito espécies de penalidades. Um maior número de penalidades dá uma margem maior de manobra para a autoridade julgadora dos processos disciplinares e oferece uma maior individualização penalógica.

O terceiro é a “confissão eficaz” do art. 14 do Anexo IX do Estatuto. É uma medida válida para se reduzir o tempo



de duração dos processos disciplinares e sua complexidade. Se, na presença do presidente do CD, o funcionário acusado reconhecer que cometeu a falta e aceitar sem reservas o relatório, a autoridade pode aplicar as penalidades de advertência por escrito, repreensão, suspensão de subida de escalão por um período determinado, que pode variar entre um e 23 meses, e descida de escalão.

Esses últimos três institutos de que se tratou poderiam ser adotados no Brasil. São sugestões de *lege ferenda*,

para a evolução do processo disciplinar brasileiro.

Enfim, para ajudar nos julgamentos e nos juízos de admissibilidade dos processos disciplinares, a Comissão da União Europeia publica anualmente um relatório com as decisões em matéria disciplinar, omitindo os nomes dos envolvidos e qualquer especificidade capaz de lhes identificar (Decisão C(2004) 1588 final/4, de 28 de fevereiro de 2004: art. 10). Tal prática deveria ser adotada no Brasil pela Controladoria-Geral da União.

### Referências Bibliográficas

ANCEL, Pascal (org.). Vers un droit commun disciplinaire?. Saint-Etienne: PU Saint-Etienne, 2007, 339 pp.

COSTA, José Armando da. Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar. Brasília: Brasília Jurídica, 5ª edição, 2005.

DALLE-CRODE, Sylvain. Le fonctionnaire communautaire: Droits, obligations et régime disciplinaire. Bruxelles: Emile Bruylant, 2008, 608 pp.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, 790 pp.

JOURDA-DARDAUD, Anne. La procédure disciplinaire dans la fonction publique: Fautes - Sanctions – Recours. Montreuil: Editions du Papyrus, 2005, 116 pp.

LAURIE, Frédéric. Faute disciplinaire dans la fonction publique: Contribution à l'étude de l'appréciation des fautes commises par les fonctionnaires. II tomos, Aix-De: PUAM, 778 pp.

MARCHI, Eduardo Silveira. Guia de Metodologia Jurídica. Lecce: Del Grifo, 2001, 320 pp.

PALHARES MOREIRA REIS, Antônio Carlos. Processo Disciplinar. Brasília: Consulex, 2ª edição, 1999.

TEIXEIRA, Marcos Salles. Anotações sobre Processo Administrativo Disciplinar. Registrado na Fundação Biblioteca Nacional, sob n.º 403.625 (livro 752, fl. 285), 2009. pp. 1-542. [on-line] Disponível na internet via WWW. URL: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/Apostila%20de%20Texto%20CGU.pdf> (Consultado em 08/07/2009).

# O controle social e a transparência pública na democracia brasileira

*Ivo de Souza Borges*, Bacharel em Teologia. Licenciado em Filosofia. Especialista em Política e Estratégia Nacional e em Direito Administrativo Disciplinar. Técnico de Finanças e Controle da CGU.

## Introdução

O presente artigo é uma adaptação reduzida de monografia elaborada pelo mesmo autor, com mesmos tema e título. Em razão disso, foi mantida a bibliografia original.

A expressão controle social congrega várias conotações atadas a um só significado geral, que não se desvia do fenômeno da manutenção de padrões comportamentais relacionados a um grupo social. À semelhança de organismos vivos, a sociedade tende à autopreservação e repele o descontrole que implique sua desestruturação. Logo, os vários modos de exercício do controle social se voltam todos para o estabelecimento de balizas a incontável número de atividades, nem sempre explícitas, que envolvam a sociedade, qualquer que seja seu grau de organização.

Lavrado de todas as ideias aditivas, o verbo controlar, por seu turno, permanece ligado ao conceito de domínio. Portanto, controlar, entre mais, é fazer escolhas, estabelecer regras, obrigar ao seu cumprimento, confrontar o

que foi planejado com o que veio de fato a ocorrer. Indicar o caminho. Dominar. A ideia indissociável é a de compartilhamento. O controle social pode ser compreendido como exercício da participação.

Contando-se que o fenômeno do controle social é objeto de estudo em várias disciplinas, sua visão fica enriquecida auscultando-se esses sítios, em particular sobre o seu significado para uma comparação posterior. Assim, tanto dos ambientes sociológico e político como do administrativo, pelo menos, obtém-se que a ideia geral sobre controle social permanece em todos. A área em que o fenômeno ocorre positivado em leis escritas é a do Direito Administrativo e envolve fiscalização, acompanhamento, abalizamento, relacionados em maior parte aos aspectos financeiros. É o poder público em ação para conter gastos irregulares e desperdícios, tendo-se em mira que o recurso financeiro de que o Estado dispõe provém da contribuição dos cidadãos e deve ser aplicado em favor deles. Nos demais casos, a ênfase é na manutenção da

fisionomia do grupo social. A parte positivada que se atém à manutenção de padrões morais resvala para os códigos de conduta moral. No caso um, é exercido principalmente por setores governativos, parte da sociedade cujos atos vinculam necessária e obrigatoriamente a todos os membros. Na medida em que as ideias dominantes sempre nascem no meio social e são nele toleradas, o controle social é multidirecional. Isto é, a sociedade controla-se, e não é factível governá-la em confronto direto com seus valores consolidados. Pode-se dizer francamente que não há controle social contra a sociedade.

Focaliza-se, em caráter especial, neste artigo, o controle social que representa excelente e perfeita interação da sociedade com o Estado, tendo-se em vista o chamado “bem comum”. A interação da Administração Pública com a sociedade, na forma de cooperação desta com aquela na fiscalização dos atos de agentes públicos e na oferta de ideias obtidas principalmente da experiência, modera e consolida o poder legalmente constituído. Ressurte assim a imperiosidade de se olhar o controle social como coadjuvante no aperfeiçoamento da forma democrática de governo. Esse é o ambiente em que o controle social pode ser amplamente aplicado e, por isso mesmo, aperfeiçoado. Controle social meramente de apoio aos setores governamentais não conduz a aperfeiçoamento algum, exceto se as ações governamentais correspondam efetivamente aos reais e legítimos interesses da sociedade. Porém, atualmente, os cidadãos desejam compartilhar e compartilham das ações governamentais.

## *Administração Pública transparente é Administração Pública prestadora de contas.*

O controle social assim realçado se converte no resgate de modos próprios da democracia direta, aplicados em associação aos da representativa. A democracia direta pura é comprovadamente inviável, haja vista a saudável diversidade de condições entre as pessoas. A democracia primeva, em Atenas, era, de fato, representativa, na medida em que os cidadãos, uma minoria, decidiam por toda a população. E não somente isso, essa mesma minoria não contava com a participação de todos os seus componentes. Não há, portanto, como escapar da representação. O que se pode fazer é ampliar ao máximo o compartilhamento entre representantes e representados. Esse compartilhamento é controle social. O atual anseio de encurtamento da distância entre governos e governados e a própria evolução do modelo representativo exigem a adoção dos processos inerentes à democracia direta. A democracia representativa, portanto, atualiza-se conjugada com a participação popular direta, muito além do mero sufrágio. Esse fenômeno tem sido chamado modernamente de democracia participativa.

O controle social no Brasil encontra condições em face da transparência pública. Essa, por si só, é autêntica prestação de contas. Administração Pública transparente é Administração Pública prestadora de contas. Tanto mais efetivo será o controle social quanto melhor forem compreendidos os atos gerenciais. Prestar contas é reconhecer direi-

tos, expor-se a críticas, admitir erros e fazer as correções julgadas necessárias. No Brasil, atualmente, há claros indicadores de que a Administração Pública se torna cada vez mais transparente. Um dos principais é o Portal da Transparência, do Governo Federal. Uma condicionante decisiva para a efetivação desse Portal é o avanço tecnológico da comunicação por satélite, da estrutura da rede mundial de computadores. Conjuga-se, portanto, o avanço democrático com o progresso tecnológico. Nos últimos anos, no Brasil, tem sido revelada a verdadeira face das figuras públicas, com consequente exposição de seus atos ao crivo dos valores morais e éticos vigentes na sociedade. Essa realidade é evidente conquista social, apoiada no exponencial progresso das comunicações e da informação automática.

Entre as facetas do controle social, podem-se delinear, com boa nitidez, três modos para seu exercício. O controle social pelo Estado; o controle social pela sociedade civil, solidário com o do Estado; e o controle da sociedade civil sobre o Estado. Não obstante, acerca destes dois últimos, é forçoso admitir que um limite preciso entre eles não é facilmente localizável. O curto espaço reservado para este artigo condiciona sua observação em conjunto.

Por sociedade civil, neste artigo, entende-se a sociedade civilizada e organizada como na concepção Weberiana: "Sociedade civil é o espaço das relações do poder de fato e o Estado é o espaço das relações do poder legítimo. Assim entendidos, Sociedade civil e Estado não são duas entidades sem relação entre si, pois entre um e outro existe um contínuo relacionamento" (Bobbio,

Norberto. Mateucci, Nicola. Pasquino, Gianfranco. 1995. p. 1210). A sociedade civil, portanto, inclui todos os cidadãos e não se confunde com o Estado. Adiciona-se que a expressão "sociedade civil" será também denotada, adiante, por "sociedade".

## 1. Controle social sob a visão política e sociológica

Na órbita da Política, conforme ao que contém o Dicionário de Política de Norberto Bobbio, Nicola Mateucci e Gianfranco Pasquino, o controle social compreende "meios de intervenção" acionados por sociedades ou grupos sociais com a finalidade de levar seus próprios membros a se comportarem conforme as características dessa sociedade. Identifica duas formas de que se vale um determinado sistema para obtenção de convergência de comportamentos: "a área dos controles externos e a área dos controles internos". O primeiro caso é o da aplicação da força, pelo Estado, sob múltiplas formas, incluindo sátiras, intrigas, interdições, multas, isolamentos, restrições, prisões e, até mesmo, penas cruéis (estas, proibidas na Constituição brasileira). Tudo com a finalidade de se obter a conformação dos membros da sociedade às normas eleitas como as mais corretas. E não somente isso, mas também para os casos em que ocorra "mudança do sistema normativo". Nesse particular, além dos objetivos anteriormente alinhados, concorre o de dissuadir resistências.

O segundo caso é o da educação – eufemismo para ideologia. São os meios aplicados, principalmente, na "socialização primária", como recursos que

não constroem externamente as pessoas, mas as induzem ao cumprimento das normas, pela conscientização. Nesse caso, o esperado é que as possíveis transgressões sejam condenadas ao nível da consciência da própria pessoa, “que na realidade constitui a interiorização dos controles sociais” (Bobbio, Norberto. Mateucci, Nicola. Pasquino, Gianfranco. 1995. p. 283-284).

No contexto sociológico, à semelhança do que se viu antes – não se cuida aqui de estabelecer quem definiu primeiro –, controle social compreende muito mais que atos administrativos ou meros instrumentos formais como leis e normas. É atividade da sociedade tendente à própria manutenção, isto é, a garantir que os pensamentos, comportamentos, sentimentos de determinado grupo social se mantenham. Em resumo, são as providências dadas para que os valores morais e éticos não descarrem de seus trilhos aceitos e definidos como corretos. Essas providências se subordinam, em geral, a duas formas distintas, que são a repressão e a educação (como visto). Pela primeira, os indivíduos são forçados a conformar-se com os padrões eleitos por seu grupo social, e, pela segunda, são levados a essa conformação por processos educativos – que não excluem o uso da força – e, principalmente, são levados a serem ativos na manutenção dos padrões (Johnson, A. G. 1995. p. 54).

## 2. O controle social pelo Estado

O controle social pelo Estado contrasta com o exercido diretamente pela sociedade. Naquele caso é uma obrigação, e neste, um direito. Ambos são

efetivos na estabilidade do próprio Estado. E, embora a sociedade não se confunda com o ente estatal, os membros do governo também o são da sociedade que governam. Em avaliação final, portanto, a sociedade sempre se controla, inclusivamente por meio de instrumentos estatais. As atividades do controle estatal, no Brasil, são reguladas por dispositivos constitucionais (artigos 70, 71, 72, 73, 74 e 75) e estão distribuídas em dois sistemas: os controles interno e externo. O primeiro é exercido internamente em cada um dos Poderes da República. O segundo é da competência do Congresso Nacional, com apoio do Tribunal de Contas da União (TCU). O artigo 70 prevê que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida tanto pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, a cargo do TCU, quanto pelo sistema de controle interno de cada Poder. A ênfase desse controle são os gastos públicos.

O desejo crescente de maior aproximação entre representantes e representados dentro da democracia brasileira pode ser aferido, em parte, comparando-se o cenário atual com o da década de 1960. O regime era de exceção, e a representatividade, no mínimo discutível. Mas brotaram ideias bastante avançadas. Era o sentimento democrático latente na ditadura. O Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967 – atualíssimo – introduziu no Brasil a Administração Pública Indireta. Seu artigo 6.º contém: “As atividades da administração federal obedecerão aos seguintes princípios

fundamentais: I- planejamento; II- coordenação; III- descentralização; IV- delegação de competência; **V- controle**". Importante ruptura de antigos paradigmas. Descentralização. Compartilhamento, Democracia. A prática vem se aperfeiçoando no avançar dos anos.

### 3. O controle social pela sociedade civil, solidário com o do Estado

É um direito dos cidadãos, conquistado com grandes esforços, e caracteriza-se quando a sociedade, por todas as formas legalmente válidas, colabora com o poder público na fiscalização do cumprimento das normas, na aferição do grau de moralidade de atos administrativos e até na oferta de subsídios para a elaboração de leis. Foi o que ocorreu, por exemplo, na elaboração da atual Constituição. Setores da sociedade foram ativos na oferta de subsídios. Nessa condição, a transparência pública é pré-requisito insubstituível, por permitir ao cidadão conhecimento dos atos administrativos, da aplicação de verbas, enfim, de toda a atividade administrativo/financeira do Setor Público. A transparência pública, portanto, toma-se como metáfora da ausência máxima possível de segredos na Administração Pública. Norberto Bobbio opina que, quanto menos segredo, mais liberdade e democracia. A publicidade, mesmo assim, não pode ser total. "O caráter público é a regra, o segredo a exceção, e mesmo assim é uma exceção que não deve fazer a regra valer menos, já que o segredo é justificável apenas se limitado no tempo" (Bobbio, Norberto. Op. Cit. p. 86).

### 4. A responsabilização em normas históricas

A prática de uma teoria pode demorar a ocorrer. A constituição de 1891, a primeira da República, em seu artigo 82, determinava: "Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos". Regredindo-se cerca de sessenta e sete anos, a "Constituição Política do Império do Brasil", de 25 de março de 1824, continha, em seu artigo 71: "A Constituição reconhece, e garante [só na letra] o direito de intervir todo o Cidadão nos negocios da sua Provincia, e que são immediatamente relativos a seus interesses peculiares". Ainda mais recuada temporalmente, vê-se a ideia do controle social positivada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada em 02 de outubro de 1789 pela Assembleia Nacional Francesa, sob inspiração da filosofia iluminista (liberdade, igualdade e fraternidade) adotada na Revolução Francesa. Os artigos 14 e 15 dessa Declaração não são obsoletáveis, e sua aplicação tem crescido no Brasil. Respectivamente: "Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a colecta, a cobrança e a duração". "A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração".

## 5. A transparência pública

A prática da transparência pública no Brasil é uma imposição da sociedade, como produto do progresso socio-cultural, em princípio, e encontrou um de seus ápices na publicação do Decreto nº 5.482, de 30 de junho de 2005, que dispõe sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, por meio da Rede Mundial de Computadores – internet. Esse Decreto permite visibilidade por parte dos cidadãos sobre os atos administrativos oficiais e facilita o controle social. O julgamento de todos, ou da maioria, impede erros, e, em paralelo com o pensamento de René Descartes, ninguém se queixa de falta de bom-senso, e não é verossímil que todos se enganem a esse respeito (Descartes, René. 1987. p. 29).

## 6. O Portal da Transparência

A expressão “Portal da Transparência” nasceu no âmbito da Controladoria-Geral da União (CGU) e foi oficializada por meio do referido Decreto nº 5.482: “Art. 1º O Portal da Transparência do Poder Executivo Federal, sítio eletrônico à disposição na Rede Mundial de Computadores – Internet, tem por finalidade veicular dados e informações detalhados sobre a execução orçamentária e financeira da União”. Nessa página da CGU, qualquer cidadão tem acesso a informações sobre os gastos de verbas pú-

*É a Administração Pública  
livre de segredos  
desnecessários.*

blicas federais e pode ficar sabendo sobre o orçamento dos órgãos governamentais, os gastos realizados, as transferências de recursos aos municípios etc. É a Administração Pública livre de segredos desnecessários. O consultente pode refinar sua pesquisa, delimitando-a, e focalizar a exata área que quer conhecer.

## 7. A Portaria Interministerial nº 140, de 16 de março de 2006 (CGU e MPOG)

É uma espécie de desdobramento do Portal da Transparência. Disciplina a divulgação de informações pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal na rede mundial de computadores. Cada órgão ou entidade deve ter seu próprio portal com informações a serem atualizadas mensalmente, e com conteúdo relativo a execução orçamentária e financeira. Nessa Portaria, aparecem de forma bastante clara dois controles sociais: o artigo 1º estabelece que as informações a serem divulgadas são “exclusivamente para fins de controle social” [nesse caso, pelos cidadãos em geral]. O artigo 26 determina que os órgãos integrantes do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal verificarão o cumprimento do disposto nessa Portaria. Controle social como direito, e controle social como dever.

## 8. Orçamento participativo.

É uma criação brasileira. A Prefeitura de um município abre seu orçamento para que os cidadãos em geral participem da gestão dos recursos a serem aplicados. Não há fórmula rígida de



funcionamento do OP. Cada município que o adote pode observar método próprio, contanto que não fira a legislação pertinente. O geral, contudo, é a adoção de um Conselho composto por delegados eleitos em assembleias realizadas em sub-regiões internas de municípios, bairros ou distritos, que serão representados por seus delegados. Há, claramente, uma interação entre os controles sociais exercidos pelo Estado e pela sociedade. Renovados anualmente, esses conselhos dialogam diretamente com as autoridades administrativas municipais, a respeito da viabilidade ou não de aprovar obras e reformas administrativas; definem consensualmente prioridades, a partir de critérios técnicos adotados mediante a convocação de especialistas em cada área. A composição dos Conselhos do OP varia bastante. Setores organizados da sociedade, tais como sindicatos, ONGs, representantes de sub-regiões, entre outros, sempre participam.

## 9. A paternidade do Orçamento Participativo

---

Quando uma prática obtém reconhecimento internacional, não é raro aparecer mais de um autor. As boas criações, independentemente disso, podem nascer da mente de pessoas simples e despretensiosas. Há quem indique os municípios de Vila Velha/ES e de Lages/SC como pioneiros. Outra reivindicação é a do Município de Boa Esperança, no Estado do Espírito Santo – todas essas na década de 1970. No que concerne a Boa Esperança, foi implantado trabalho comunitário como única “saída” para a situação de carência em que se encontrava. Estava criado o Orçamento

Participativo. (<http://www7.rio.rj.gov.br/cgm/comunicacao/publicacoes/cadernos/?2001/06>. Página acessada em 31 de março de 2010, às 12:30h).

## 10. Orçamento Participativo legalizado

---

Atualmente o Orçamento Participativo elevou-se da mera experiência e está positivado em lei. A Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais da política urbana no Brasil. Tem sido apelidada de “Estatuto das Cidades”. Essa lei, em seu artigo 4º, inciso III, alínea f, e artigo 44, estabelece: “No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal”.

## 11. A experiência de Porto Alegre

---

A aplicação do Orçamento Participativo que ganhou maior destaque nacional foi a verificada na cidade de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul. Copiado por várias cidades de vários países, o Orçamento Participativo praticado nessa cidade figura, portanto, como modelo aprovado e adotado em âmbito internacional. O OP de Porto Alegre, com o destaque conquistado após o reconhecimento da ONU, tornou-se um dos ícones mais consagrados do controle social, por sua

dinâmica e seu indiscutível sucesso. Esse específico caso, da Prefeitura de Porto Alegre, tem sido considerado pela ONU como uma das 40 melhores políticas de gestão pública urbana no mundo ([http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/default.php?p\\_secao=1](http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/default.php?p_secao=1)). Página da Prefeitura de Porto Alegre acessada em 13 de julho de 2009, às 12h55min).

## 12. Controle social no Direito Administrativo

---

Segundo Celso A. B. Mello, qualquer pessoa pode suscitar o Controle da Administração (pode-se interpretar que, em outras palavras, ele diz que, por meio do controle social – pela sociedade –, é possível o acionamento do controle social estatal), para que “o agente que haja incidido em ‘abuso de autoridade’, seja sancionado”. (Mello, Celso. A. B. 2004. p. 827). Essa possibilidade é garantida por uma lei antiga. Trata-se da Lei nº 4.898, de 09 de dezembro de 1965, que regula o direito de representação e o processo de **Responsabilidade Administrativa Civil e Penal**, nos casos de abuso de autoridade. Ora, abuso de autoridade só ocorre com a autoridade fora de controle social. Mas jamais se confunda o controle social, pela sociedade civil, como detentor da prerrogativa de agir em nome do poder constituído. É controle que influi, mas não decide. Para sua eficácia, deverá acionar controle social oficial.

## 13. Controle em âmbito municipal

---

A Lei nº 9.452, de 20 de março de 1997, estabelece, em seu artigo 1º, que

os órgãos e as entidades da Administração Federal direta e as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista federais notificarão as respectivas Câmaras Municipais da liberação de recursos financeiros que tenham efetuado, a qualquer título, para os municípios, no prazo de dois dias úteis, contados da data da liberação. O artigo 2º determina que a prefeitura do município beneficiário da liberação de recursos de que trata o artigo 1º notificará os partidos políticos, os sindicatos de trabalhadores e as entidades empresariais, com sede no município, da respectiva liberação, no prazo de dois dias úteis, contados da data de recebimento dos recursos. O terceiro e último artigo dessa lei determina que a Câmara Municipal represente, junto ao Tribunal de Contas da União, o descumprimento dessa lei. Observa-se aqui, com clareza e força, importante aceno de transparência e efetivo controle social.

## 14. Conselhos Municipais de controle social

---

São Conselhos formados por número par de participantes, com a metade composta por membros do Estado e a outra parte composta por representantes da sociedade civil. Uma exceção a essa maneira de composição dos Conselhos é o caso dos Conselhos relacionados à saúde, cuja composição envolve um quarto dos Conselheiros membros do Estado, outro quarto composto por representantes do Terceiro Setor (ONGs) e os outros dois quartos restantes compostos por usuários do Sistema Único de Saúde (SUS).

## 15. O controle social da sociedade civil sobre o Estado

O controle da sociedade civil sobre o Estado pode representar um apuro da forma democrática de governo. Dado que a sociedade ou “o povo” tanto é a origem do poder quanto é seu destinatário e beneficiário, os atos administrativos públicos devem seguir, no que não for prejudicial aos próprios interesses da sociedade, os apelos dessa mesma sociedade. O controle social da sociedade sobre o Estado é, na verdade, um contraponto, um fator de equilíbrio do poder exercido por seus representantes.

### Conclusão

A sociedade se controla. Sempre. É atividade necessária para conservar íntegro o fio que une iguais e desiguais, sua “marca”. Nesse particular aspecto, cuida-se da resistência natural a mudanças que impliquem descaracterização dos grupos sociais. Mas o controle social se exerce sob variadas formas, quer sejam explícitas, quer não. Entre as formas explícitas, contam-se as ações controladoras do Estado e o engajamento de setores organizados da sociedade e até mesmo de indivíduos na fiscalização dos atos administrativos, em destaque aqueles que envolvem dispêndio de recursos financeiros. A sociedade atual cobra prestação de contas. As autoridades não são mais vistas como se livres estivessem de dar conta de seus atos.

Se, por uma via, o controle social exercido pela Administração Pública

visa, em avaliação final, aos mesmos objetivos que o praticado pela sociedade, mormente no que concerne à aplicação de recursos materiais, por outra, o primeiro conta como uma das obrigações mais importantes da Administração Pública, não podendo a ela renunciar, enquanto o segundo é consagrado como direito tal que não é obrigatória sua prática.

À parte discussões mais profundas, como a organização das sociedades e do Estado, verifica-se que a sociedade produz suas próprias regras e se mantém nelas pela via de controles sociais. Porém, essa atividade não se confunde com a organização estatal. O melhor controle social nunca substitui o Estado, nem tem condições de ser exercido fora dele.

Controle social é fenômeno mais complexo do que se pode auferir de uma visão inaugural; tampouco seu conhecimento é novo. As condicionantes oferecidas pela forma democrática de governo facilitam sobremodo sua prática em qualquer de suas facetas.

A quadra histórica brasileira atual é favorável ao controle social pelos cidadãos sobre atos da Administração Pública, em razão da progressiva conscientização da conveniência de uma administração transparente. É produto da evolução sociocultural brasileira. Cabe, então, aos cidadãos, quer isoladamente, quer agregados em associações municipais, de bairros, ONGs, sindicatos, conselhos e congêneres, não permitir retrocessos.

## Referências Bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. Tradução da 1.<sup>a</sup> edição brasileira por Alfredo Bosi. Revisão da tradução e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

ALTHUSSER, Louis. Aparelhos Ideológicos do Estado; Nota sobre os Aparelhos Ideológicos do Estado. 9.ed. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. São Paulo: Ed. Edições Graal Ltda., 2003.

ARISTÓTELES. A Política; Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal – 16. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Ed. Escala, sem data.

BOBBIO, Norberto. A Teoria das Formas de Governo. 9.ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Ed. UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia; Uma Defesa das Regras do Jogo. 5.ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1992.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 13.ed. Volume 1. Tradução de Carmem C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: Ed. UnB, 2007.

DESCARTES, René. Discurso do Método; As Paixões da Alma. Tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1987.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Controle; fiscalizar... In: Novo Dicionário da Língua portuguesa. 2. ed. 17. Reimpressão. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986.

GOMES, Lurentino. 1808; Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil. 9. reimpressão. São Paulo: Ed. Planeta do Brasil, 2007.

JOHNSON, Allan G. Dicionário de Sociologia; Guia Prático da Linguagem Sociológica. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar Editora, 1995.

KANT, Immanuel, Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. 1.<sup>a</sup> Reimpressão. Tradução de Leopoldo Holtzbach. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2008.

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe; e Dez Cartas. 3.ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Ed. UnB, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29 ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

MELO, André Marcus (org). Reforma do Estado; E Mudança Institucional no Brasil. Recife: Ed. Massangana, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17.ed. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2004.

SIRAQUE, Wanderlei. Controle Social da Função Administrativa do Estado; Possibilidades e Limites na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

VICTÓRIA, Maria Benevides; VANNUCHI, Paulo; KERCHE, Fábio. Reforma Política e Cidadania. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2003.

# Demissão de servidor pela Administração Pública por prática de ato de improbidade sem a necessidade de atuação antecipada do judiciário

**José Olimpio Barbacena Filho**, Graduado em Ciências Econômicas. Especialista em Direito Disciplinar na Administração Pública. Analista de Finanças e Controle da CGU.

## Introdução

Em quase todas as sociedades humanas e em qualquer época, pode-se encontrar algum tipo de conduta ímproba, em maior ou em menor grau. Entretanto, à medida que as pessoas evoluem, as comunidades ficam mais complexas, de tal forma que a ética se torna mais rígida e atitudes que, no passado, eram tidas como normais, no presente, não são mais aceitas pela sociedade.

Em nosso País, a prática de pequenos atos de caráter ímprobo é tida quase que como normal perante a sociedade, afigura-se como se fosse parte da cultura brasileira, podendo-se citar, a título de exemplos, o suborno de guardas de trânsito, privilégios em atendimento antecipado em filas de espera pública, etc. Wallace Paiva Martins Júnior assim descreve esse fenômeno de

absorção, por parte da sociedade, da cultura da improbidade:

*“Essa cultura da improbidade foi fomentada, anos e anos, não só com o incentivo passivo da própria população espoliada [...] como, também, com a confortável impunidade dos autores dos maiores atentados à moralidade que deve presidir os negócios públicos. [...] Tão arraigada na cultura popular brasileira, produziu uma imagem do malbaratamento da coisa pública como regular alicerce do próprio Estado.”<sup>1</sup>*

O objetivo deste trabalho é demonstrar – com base teórica na força normativa dos princípios, tanto os que regem a probidade administrativa, quanto o princípio da independência das instâncias civil, penal e administrativa, além de decisões judiciais do STJ e STF – que não

<sup>1</sup> Martins Júnior, Wallace Paiva. Probidade Administrativa, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 02.

há necessidade da atuação judicial antecipada para que a Administração Pública possa demitir servidor ímprobo, e que a intervenção do Ministério Público e do Poder Judiciário é necessária tão somente para aplicar as sanções próprias da Lei nº 8.429/92, quais sejam, a perda de bens ou valores, suspensão dos direitos políticos, multa, etc.

Nesta introdução, foi feito um breve comentário de como a cultura da improbidade vem sendo fomentada ao longo da história da humanidade e como permanece arraigada na sociedade. Nos capítulos de 1 a 6, serão abordados temas ligados ao assunto, iniciando com um breve histórico da improbidade no Brasil e sua previsão nas Constituições brasileiras, passando pelo exame do princípio da probidade administrativa e os princípios que a regem, e culminando com a análise da independência das instâncias judicial e administrativa.

Nas considerações finais, com base no anteriormente exposto, serão tecidos comentários acerca da desnecessidade da instauração antecipada de Processo Judicial para que a Administração Pública – em conformidade com os princípios do Devido Processo Legal, da ampla defesa e do contraditório – venha a promover a demissão de servidor ímprobo.

## **1. Breve histórico da improbidade administrativa no Brasil**

A improbidade administrativa se manifesta por ação ou omissão de caráter disciplinar que contraria o dever de boa administração. Levanta polêmi-

ca e questionamentos ligados à formação estrutural e organizacional do Brasil, onde se nota a influência dos valores simbólicos e morais, que se encontram imbuídos na cultura popular do País, cujos reflexos podem ser verificados no procedimento pessoal ou profissional dos agentes públicos. Tem como sujeito ativo o servidor público ou empregado de autarquia, sociedade de economia mista e fundação pública, e, como sujeito passivo, a pessoa jurídica administrativa cujos bens ou valores são atingidos.

Antes do surgimento da Lei nº 8.429/92, editada para combater atos de improbidade administrativa cometidos por agentes públicos, foram publicadas, basicamente, duas leis que previam o sequestro e o perdimento de bens:

A Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957, possibilitava o sequestro e a perda, em favor da Fazenda Pública, dos bens adquiridos por servidor público por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha incorrido.

A Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958, regulamentava a perda e o sequestro de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função ocupado por servidor público, ou dirigente, ou empregado de autarquia.

## **2. Previsão da improbidade nas Constituições brasileiras**

A improbidade administrativa decorre da quebra do dever de probidade

administrativa, sendo que este se origina diretamente do princípio da moralidade administrativa, cuja violação está ligada à conduta ilícita do servidor público no desempenho de sua função e se encontra disciplinada nas sucessivas Constituições.

A do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, tornava responsáveis os Ministros de Estado, conforme estatua os artigos 133, 134 e 135, por peita, suborno ou concussão e por qualquer dissipação de bens públicos, ainda que aqueles agissem por ordem do Imperador, vocal ou por escrito.

A primeira Constituição republicana, de 1891, definiu, entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, o atentado contra a “proibidade da administração” (art. 54, inciso 6º). A mesma norma se reproduz na Constituição de 1934 (art. 57, alínea f); na Constituição de 1937 (art. 85, alínea d); na de 1946 (art. 89, inciso V); na de 1967 (art. 84, inciso V); na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 82, inciso V); e, por último, no art. 85, inciso V, da atual Carta Constitucional Brasileira, promulgada em 1988.

A Constituição de 1988 estabeleceu, em seu artigo 15, inciso V, que improbidade administrativa é causa suficiente para a perda ou suspensão dos direitos políticos. Previu, em seu artigo 85, V, assim como o fez a Carta de 1946, que constituem crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra a proibidade na administração. Estatuiu, no parágrafo 4.º do artigo 37, que “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”.

### 3. Sobre os princípios e as regras

Princípios e regras podem ser entendidos como tipos de normas. As normas são a forma com a qual o Direito se expressa. As regras são normas com incidência completa e imediata, isto é, uma vez ocorrida determinada hipótese de incidência, deverá e terá de ocorrer segundo o comando normativo consequencial.

Os princípios fazem referência à justiça e à equidade. Enquanto as regras se aplicam ou não se aplicam, os princípios dão razões para decidir em um sentido determinado, mas, diferindo das regras, seu enunciado não determina as condições de sua aplicação. O conteúdo material do princípio – seu peso específico – é o que determina quando deve ser aplicado em uma situação concreta. Celso Antônio Bandeira de Mello, de forma clássica, aponta:

“Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se

***Os princípios possuem uma dimensão de peso, o que influirá na solução dos conflitos, permitindo a identificação daquele que irá preponderar.***



irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.”<sup>2</sup>

Os princípios possuem uma dimensão de peso, o que influirá na solução dos conflitos, permitindo a identificação daquele que irá preponderar. Quanto às regras, por não apresentarem uma dimensão de peso, a colisão entre elas será resolvida pelo prisma da validade, operação que será direcionada pelos critérios hierárquico, cronológico e de especialidade fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico.

#### **4. Princípio da probidade administrativa**

Conforme o princípio da probidade administrativa, o agente público deve utilizar os “poderes” inerentes ao cargo que ocupa apenas para, e enquanto necessários, para o fim público desejado, sob pena de incorrer na perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, indisponibilidade dos bens e res-

2 Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 888/889.

sarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

Wallace Paiva Martins Júnior entende que “a norma constitucional criou aí um subprincípio ou uma regra derivada do princípio da moralidade administrativa: probidade administrativa, que assume paralelamente o contorno de um direito subjetivo público a uma Administração Pública proba e honesta”.<sup>3</sup>

Nessa linha de pensamento do citado autor, é de se notar que o princípio da probidade administrativa contribui para uma Administração Pública mais eficiente, na medida em que se dirige à consecução da noção de bem e melhor administrar, com a escolha dos meios mais adequados, coerentes e proporcionais para a satisfação de seus fins e alcance do interesse público.

### **5. Princípios básicos que regem a probidade**

#### **5.1. Princípio da Legalidade**

O princípio da legalidade contribui de forma relevante para a perfeita atuação da Administração Pública. Significa que o administrador deve agir com base na lei, e somente em razão desta. A Administração Pública deve seguir os mandamentos legais existentes nas legislações. Contrariamente a essa dependência legal, aos particulares é permitido praticar todo e qualquer ato não vedado em lei, ou seja, aquilo que não é proibido é permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde que as par-

3 Martins Júnior, Wallace Paiva. Probidade Administrativa, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 105.

tes estejam no mesmo patamar de igualdade.

No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o princípio da legalidade é o específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o direito administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei.”<sup>4</sup>

Assim, pelo princípio da legalidade, o agente público estará, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, pois, na administração pública, não há liberdade nem vontade pessoal.

## 5.2. Princípio da Moralidade

O servidor público está sujeito a obrigações e deveres que são regidos pelo princípio da legalidade. No entanto, em sua atuação, deve dispensar atenção ao elemento moral de sua conduta e aos fins desejados, pois a moralidade se afina com o conceito de interesse público, por constituir pressuposto intrínseco de validade do ato administrativo.

Maurice Hauriou foi o principal formulador da teoria da moralidade admi-

nistrativa, e Hely Lopes Meirelles, em sua obra, resumindo o trabalho do criador, assim se expressa:

“A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto.”

O princípio da moralidade elevou-se como princípio constitucional com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, nos termos do artigo 37, caput, o qual estabelece diretrizes à administração pública. Na Carta Magna, está prevista também a possibilidade de anulação de atos lesivos à moralidade administrativa, conforme estatui parte do seu artigo 5º, inciso LXXIII.

## 5.3. Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade pode ser definido como aquele que determina que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário, e sim ao ente ou órgão em nome

4 Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 88/89.

do qual se realiza. Ainda, devem ser destinados genericamente à coletividade, sem consideração – para fins de privilégios ou de imposição de situações restritivas – das características pessoais daqueles a quem porventura se dirija. Hely Lopes Meirelles assim se expressa em relação à impessoalidade:

“O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.”

Previsto no art. 37, caput, e § 1º, da Constituição Federal, deve ser concebido em uma dupla perspectiva. Por um lado, estatui que o autor dos atos estatais é o órgão ou a entidade, e não a pessoa do agente (acepção ativa). Por outro lado, torna necessário que a Administração dispense igualdade de tratamento a todos aqueles que se encontrem em posição similar, o que pressupõe que os atos praticados gerem os mesmos efeitos e atinjam a todos os administrados que estejam em idêntica situação fática ou jurídica, caracterizando a imparcialidade do agente público.

#### **5.4. Princípio da Publicidade**

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.

Por força do princípio da publicidade, devem ser abertos todos os canais de acesso à informação, para que os administrados possam dela se servir da melhor forma, ressalvados os casos e hipóteses em que a própria Constituição confere o caráter sigiloso. Ensina o Professor Hely Lopes Meirelles:

“Em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a Administração que o realiza, só se admitindo sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso.”

Afinal, o art. 5º da Lei Maior assevera que “é assegurado a todos o acesso à informação”, que, aplicada à atividade administrativa e associada com o princípio da moralidade, resulta em inexorável compromisso da Administração Pública em atuar com a devida transparência junto ao administrado.

#### **5.5. Princípio da Supremacia do Interesse Público**

Esse princípio traduz a ideia de que toda a atividade estatal deve atingir uma finalidade pública, o que faz com que o interesse da coletividade se sobreponha ao do indivíduo em especial. Por ele, entende-se que, sempre que houver conflito entre um particular e um interesse público coletivo, deve prevalecer o interesse público. Essa é uma das prerrogativas conferidas à Administração Pública, porque ela atua por conta de tal interesse, ou seja, o legislador, na edição de leis ou normas, deve se orientar por esse princípio, levando em conta que a coletividade está num nível supe-

rior ao do particular. Emerson Garcia esclarece:

“Trata-se de princípio implícito com indiscutível importância para o convívio social, denotando a idéia de que toda a atividade estatal deve atingir uma finalidade pública, o que faz com que o interesse da coletividade se sobreponha ao do indivíduo em especial.”

### 5.6. Princípio da Razoabilidade

Pode ser concebido, esse princípio, como o indicador de uma relação de natureza lógica entre meios e fins. Implícito na Constituição Federal de 1988, o princípio da razoabilidade vem sendo cada vez mais aplicado pela doutrina e pelos Tribunais Superiores. Segundo ele, terá a Administração Pública de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional.

Maria Silvia Zanella Di Pietro conclui, acerca da razoabilidade, que “trata-se de princípio aplicado ao direito administrativo como mais uma tentativa de impor-se limitações à discricionariedade administrativa”.

O administrador público tem a liberdade de adotar a providência mais adequada dentre as cabíveis. Não pode, contudo, transpor os limites estabelecidos em lei, cabendo àquele ponderar, em conformidade com os princípios da probidade e da moralidade, sobre qual a melhor opção a ser escolhida para atender ao interesse público em determinada situação.

## 6. Concomitância das instâncias penal, civil e administrativa

A Lei 8.429/92, que trata dos atos de improbidade, determina, em seu artigo 20, que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”, o que tem sido usado como pretexto, por segmentos da sociedade, no sentido de se postergar o afastamento de agentes públicos de suas áreas de atuação quando estes são flagrados cometendo atos de improbidade.

Tem-se, como exemplo, o caso do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), que ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 164), de 15/02/2009, contra decisões judiciais que têm permitido, segundo a legenda, a suspensão de direitos políticos por ações de improbidade administrativa, sem o trânsito em julgado das decisões. O partido pede que o Supremo Tribunal Federal fixe o entendimento de que a perda de direitos políticos só pode ser efetivada após decisão irrecorrível, e que esse entendimento seja seguido por todas as autoridades judiciárias e administrativas do país (efeito contra todos).

O problema surge a partir daí, pois o aludido partido solicita que o entendimento seja seguido também por autoridades administrativas. Caso o PSDB saia vitorioso em tal pretensão, a Administração corre o risco de ter de esperar a decisão final, no âmbito judicial, para somente depois poder mover o devido processo em desfavor de servidores ímprobos.

Sabe-se que já houve, inclusive, entendimento similar expresso pelo Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, como relator do RMS 24699/DF:

RMS 24699/DF-DISTRITO FEDERAL  
RECURSO EM MANDADO DE  
SEGURANÇA

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 30/11/2004

(...)

ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. (...) 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão.

Recurso ordinário provido.

Decisão

A Turma deu provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança para, reformando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, cassar o ato mediante o qual foi imposta a penalidade de demissão a Bernardo Rosenberg, determinando, em consequência, sua imediata reintegração ao cargo que anteriormente ocupava, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio.

Ora, o disposto no art. 20 da Lei 8.429/92 é aplicável no que se refere à

esfera judicial, por ocasião de apuração de ação por improbidade, sendo que o servidor poderá responder administrativamente por atos de improbidade, sem que haja a necessidade de atuação antecipada do Poder Judiciário, pois a Lei nº 8.429/92 não interfere nas respectivas competências dos entes federados, a molde de seus estatutos disciplinares, que preveem sanções administrativas para seus servidores ímprobos. A Lei 8.429/92 dispõe, enquanto lei nacional, sobre as sanções cíveis judiciais cabíveis para atos de improbidade, independentemente das repercussões administrativas. Portanto, não há instância única para apuração de improbidade. Na esfera administrativa, o bem tutelado é a manutenção da regularidade interna corporis, enquanto que a Lei nº 8.429/92 vai além, ao tutelar o bem maior da moralidade administrativa como um direito público subjetivo.

A doutrina e a jurisprudência pátrias são unânimes quanto à independência das esferas penal e administrativa; a punição disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração Pública a aguardar o desfecho de tais processos, conforme se depreende de algumas decisões judiciais tomadas como exemplo e abaixo transcritas:

STJ - MS 10987 / DF

(...)

Relator(a)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS  
MOURA

(...)

3. Diante da independência entre as esferas criminal, civil e administrativa no que se refere à responsabilidade de servidor público pelo exercício irregular de

suas atribuições, o fato de o impetrante não constar como réu na ação de improbidade administrativa não é apto a impossibilitar sua punição na esfera administrativa.

4. Consoante assentado por esta Terceira Seção, a Lei de Improbidade Administrativa não revogou a previsão da Lei nº 8.112/90 de demissão de servidor pela prática de ato de improbidade, razão pela qual é cabível a aplicação daquela penalidade no âmbito administrativo, independentemente de condenação em ação de improbidade administrativa.

STF- MS23401/DISTRITO FEDERAL  
(...)

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO  
(...)

Servidor policial demitido por se valer do cargo para obter proveito pessoal: recebimento de propina. Improbidade administrativa. O ato de demissão, após procedimento administrativo regular, não depende da conclusão da ação penal instaurada contra o servidor por crime contra a administração pública, tendo em vista a autonomia das instâncias. II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: MS 21.294- DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence; MS 21.293-DF, Relator Ministro Octavio Gallotti; MMSS 21.545-SP, 21.113-SP e 21.321-DF, Relator Ministro Moreira Alves; MMSS 21.294-DF e 22.477-AL, Relator Ministro Carlos Velloso. III. - Procedimento administrativo regular. Inocorrência de cerceamento de defesa. (...) V. - Mandado de Segurança indeferido.

Vê-se, pois, que a sanção da perda do cargo público tanto pode resultar de uma pena imposta pelo Poder Judiciário, no julgamento de processo criminal ou

de improbidade pelo mesmo fato, como pela Administração Pública, ao decidir o feito administrativo sancionador (demissão). A diferença é que, no primeiro caso, o Estado reprime um ilícito penal ou ímprobo, enquanto, no segundo, um ilícito administrativo. Nem por isso os tribunais pátrios ou a doutrina deixam de abrigar, de forma pacificada, a independência das instâncias administrativa, civil e criminal, de modo que a autoridade administrativa pode classificar uma conduta como crime contra a Administração e punir essa falta de natureza também disciplinar (art. 132, I, Lei nº 8.112/90), independentemente de prévia condenação em processo-crime pelo mesmo quadro fático.

## Conclusão

Improbidade administrativa configura-se como a conduta do servidor que, ao atuar de forma indevida, promove o desvirtuamento da Administração Pública, revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário; pelo exercício nocivo das funções e dos empregos públicos; pelo tráfico de influência nas esferas da Administração; e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

A Administração Pública tem a obrigação legal de conduzir e decidir acerca de processos administrativos disciplinares instaurados em seu âmbito, pois a instância administrativa não se confunde com a judicial. Mesmo que haja ação de improbidade administrativa ajuizada, isso não é empecilho para que o mesmo fato seja apurado administrati-

vamente e concluído mesmo antes da decisão judicial inerente ao fato porventura em apuração.

A intervenção do Judiciário, do Ministério Público e até mesmo da União, via AGU, é necessária para a aplicação das sanções próprias relativas à improbidade administrativa, como a suspensão dos direitos políticos, perda de bens, etc., previstas na Lei nº 8.429/92. Mas a previsão dessas penalidades na dita lei não impede que, pelos mesmos fatos, a Administração possa punir o servidor ímprobo com a demissão por meio do devido processo administrativo disciplinar, mesmo porque o Poder Público não pode se omitir, na seara administrativa, diante da verificação de ilícitos e ficar no aguardo do sancionamento judicial, para só depois poder atuar.

Com base no princípio da independência das instâncias administrativa, civil e penal, verifica-se a importância de se realizar o procedimento disciplinar no âmbito da Administração Pública relativo a casos em que ocorra a prática

de ato de improbidade administrativa, destacando-se a celeridade do feito, quando realizado administrativamente. Nunca é demais lembrar que uma possível demora do Judiciário em afastar o servidor público ímprobo do cargo ou função que ocupa poderá passar para a sociedade a impressão de que o Poder Público está sendo omissivo na órbita administrativa.

Por todo o exposto, verifica-se que a aplicação das penalidades a agente público, por prática de ato de improbidade, cabe também à Administração Pública, em sede de processo administrativo disciplinar. Na realidade, a defesa da moralidade no serviço público está diretamente ligada ao desempenho das atividades administrativas, e, por isso, ações irregulares devem ser apuradas e reprimidas na esfera do processo disciplinar cabível – haja vista que a prática de improbidade administrativa configura infração funcional sujeita à demissão, pena, sem dúvida, da alçada do administrador público, e aplicável após a observância das formalidades processuais previstas em lei.

### Referências Bibliográficas

Martins Junior, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 3ª Ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª Ed. – São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2005.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª Ed. – Malheiros Editores, 2005.

Garcia, Emerson. Alves, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa*. 1ª Ed. – Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2002.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. 19ª Ed. – São Paulo, Editora Atlas, 2006.

Brasil, Lei 8112/90. *Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis Federais*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)

BRASIL, Lei 8.429/92. *Lei de Improbidade Administrativa*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm)

Brasil, *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)



BRASIL, Constituição de 1891. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91).

BRASIL, Constituição de 1934. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34).

BRASIL, Constituição de 1937. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível: - [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)

BRASIL, Constituição de 1946. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)

BRASIL, Lei 3.164 – de 1º de junho de 1957. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=172778>

BRASIL, Lei 3.502 – de 21 de dezembro de 1958. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=175929>

BRASIL, Constituição de 1967. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)

BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm)

# Improbidade administrativa: aplicação da lei, tendências e controvérsias

**Laurent Nancym Carvalho Pimentel**, Bacharel em Direito. Especialista em Direito Administrativo Disciplinar. Analista de Finanças e Controle da CGU.

## Introdução

A probidade é uma obrigação elementar imposta a todos, em especial àqueles que recebem, administram e aplicam o dinheiro público. É forma de combate à corrupção e aos problemas dela decorrentes.

A Lei nº 8.429/92 assume extrema relevância, pois ela resguarda a probidade administrativa daqueles que ocupam cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional, buscando garantir a incolumidade do patrimônio público e o respeito aos princípios da boa administração, assegurando ainda o ressarcimento ao erário, a punição dos culpados e sua retirada temporária dos quadros político-administrativos.

A improbidade é um mal de repercussões graves, pois gera efeitos nocivos para toda a estrutura social, sendo a Lei nº 8.429/92 um importante instrumento à disposição de toda a sociedade no combate à corrupção. Ciente desse papel é que o presente trabalho se propõe

a abordar problemas cruciais atinentes ao tema.

## 1. Breves considerações sobre a Lei nº 8.429/92

A Lei nº 8429/92, apesar de tipificar condutas e estipular sanções, não possui natureza penal, estabelecendo a aplicação de penalidades de caráter cível a agentes públicos e terceiros envolvidos na prática de atos de improbidade administrativa em qualquer das três modalidades estabelecidas nos seus artigos 9º, 10 e 11.

A própria Constituição Federal, quando, por meio do seu art. 37, § 4º, determinou a edição da Lei de

*A improbidade é um mal de repercussões graves, pois gera efeitos nocivos para toda a estrutura social*

Improbidade Administrativa (LIA), estabeleceu a natureza civil de suas sanções, estipulando que, além delas, os agentes ímprobos ainda se submetem à esfera criminal sempre que o ato de improbidade tipificar algum delito.

A única norma penal prevista por esta lei é a do seu art. 19, que versa sobre a denúncia inverídica ou difamatória em relação àquele que, mesmo sabendo ser o agente público ou o terceiro beneficiário inocente, o representa por ato de improbidade administrativa, causando prejuízo à sua reputação.

No mais, o art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, veda a possibilidade de qualquer transação, acordo ou conciliação que implique a renúncia de responsabilização do acusado pela prática de ato ímprobo, impedindo assim qualquer tipo de compromisso de ajustamento de conduta, inclusive a suspensão do processo, que adie ou isente o réu de responder pelo ato praticado.

Também não se cogita, no âmbito da lei de improbidade, o benefício da contagem da prescrição pela penalidade concreta, tampouco a aplicação desse instituto de forma retroativa ou virtual.

## 2. Sujeitos da improbidade administrativa

### 2.1. Sujeito ativo

Considera-se sujeito ativo do ato de improbidade o agente público que o pratica. Para os efeitos da Lei nº 8.429/92, na forma do seu art. 2º, re-

puta-se “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 em seu artigo 1º.

Nada impede que particulares colaborem para a execução desses atos ou deles se beneficiem na qualidade de coautores ou partícipes. É o que se depreende da leitura do artigo 3º da Lei nº 8.429/92, que dilatou ainda mais o conceito de sujeito ativo do ato de improbidade, determinando a aplicação do instituto legal, 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”*.

A Lei de Improbidade procura impor-se sobre todos aqueles que, de alguma forma, se relacionam com a Administração, buscando ampliar o conceito de “agente público”.

Em relação aos sujeitos ativos impróprios, em se tratando de beneficiamento de terceiro, não obstante parte da doutrina considerar desnecessária a existência de dolo para a caracterização da responsabilidade, prevalece entendimento de que deve existir um liame psicológico entre a atuação do agente público e do terceiro para a responsabilização deste pela prática do ato ímprobo ou pelo beneficiamento dele decorrente, não sendo necessário, porém, que o terceiro pratique o ato juntamente com o agente público, bastando a sua colaboração eficaz.

## 2.2. Sujeito passivo

A leitura do art. 1º revela que a Lei nº 8.429/92 considera como vítima do ato de improbidade a própria Administração Pública, de maneira bastante ampla, buscando proteger todas as entidades que desenvolvam atividade decorrente da descentralização do Poder Público, em todas as esferas.

Consideram-se em sentido próprio, como sujeitos passivos somente as pessoas jurídicas de direito público interno, sua administração direta e as autarquias e fundações.

As pessoas jurídicas de direito privado com participação de dinheiro público em seu patrimônio ou receita anual – caso das empresas incorporadas ao patrimônio público e todas as demais entidades referidas no texto do artigo primeiro e do seu parágrafo único – são tidas como sujeitos passivos impróprios.

No tocante aos sujeitos passivos arrolados no parágrafo único do art. 1º, a sanção patrimonial se limita à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Quanto ao alcance subjetivo dos atos de improbidade, pacificou-se entendimento de que a Lei de Improbidade se destina à proteção dos atos de natureza administrativa, não incidindo sobre os atos de natureza legislativa e jurisdicional por excelência, sendo certo que os integrantes de quaisquer dos Poderes podem praticar atos de improbidade, desde que tenham cunho administrativo típico.

## 3. Modalidades de atos de improbidade administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa, em seus artigos 9º, 10 e 11, estabelece três categorias de atos e suas respectivas sanções (incisos I, II e III, do art. 12), dispostos no que considerou ser ordem decrescente de gravidade.

Constata-se que as condutas foram descritas de modo exemplificativo, sendo que a responsabilidade será sempre subjetiva, uma vez que a lei exige expressamente a configuração do dolo e da culpa – esta apenas nas hipóteses do art. 10, para a caracterização do ato de improbidade.

### 3.1. Atos que importam enriquecimento ilícito

Os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito são tidos como a modalidade mais grave do sistema e estão dispostos no artigo 9º, incisos I a XII. A utilização da expressão “e notadamente”, pelo legislador, no caput do art. 9º, não deixa dúvidas de que os incisos fazem parte de um rol exemplificativo.

Para a tipificação dessa modalidade de ato de improbidade, basta que se caracterize o acréscimo de bens ao patrimônio do agente público de forma indevida e em razão do exercício da função pública, não importando se de grande ou de pequena monta, tampouco dependendo da existência de lesão ao erário, em regra.

Mesmo nas hipóteses dos incisos II e III, que parecem prever a lesividade, não é necessário que esta ocorra para a con-

sumação do ato de improbidade ali descrito; basta a percepção da vantagem econômica indevida por parte do agente público, não importando a ocorrência de lesão ou prejuízo ao erário para a consumação do ato ímprobo, excetuando-se unicamente a hipótese do art. XI, em que a lesividade da conduta está intrínseca à sua tipificação.

Apesar do art. 21, I, da Lei nº 8.429/92, estabelecer regra para todo o seu texto, não pretendeu o legislador dispensar totalmente a exigência de lesividade para a caracterização de todo e qualquer ato considerado ímprobo. Se a regra é aplicável às hipóteses do art. 11, como veremos, ela não se aplicará ao art. 10. Somente no âmbito do art. 9º, coexistem atos de improbidade lesivos e não lesivos.

O legislador limitou a consumação da conduta ímproba ao ato de auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício da atividade pública, não importando se por meio de conduta comissiva ou omissiva, por vezes exemplificada direta (incisos I, VIII e X), por vezes indiretamente (inciso V), pelo que CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS considera ser inquestionável que outros tipos de omissão, não previstos em alguns de seus incisos, poderão caracterizar infração ao próprio caput do art. 9º, possibilitando o enquadramento de outras condutas omissivas como improbidade administrativa.

O único tipo de vantagem capaz de originar ato de improbidade tipificado no art. 9º é a de cunho patrimonial. A obtenção de vantagem de outra estirpe, a exemplo da vantagem sexual, apesar de parte da doutrina entender possível,

não está amparada pelas disposições desse artigo. Conforme o caso, a conduta poderia ser enquadrada no art. 10 ou no art. 11.

A doutrina diverge em polêmica em relação ao inciso VII do art. 9º. Parte o considera como excepcional hipótese de incidência da responsabilidade objetiva, impondo ao agente público a inversão do ônus da prova, diante da simples constatação da evolução patrimonial incompatível – nessa corrente insere-se MARCELO FIGUEIREDO.

Para outros, tal exigência entra em conflito com os princípios constitucionais balizadores da seara sancionadora, pelos quais não se pode ignorar a presença de culpa ou dolo ante a presunção de inocência – destacando-se JUAREZ FREITAS, JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO e CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS.

De qualquer forma, a aquisição de bens pelo agente público de valor superior à sua renda, mesmo que em nome de terceiros, configura forte indício de improbidade administrativa. Caberá ao agente público fazer prova da ocorrência de algum fator que possa justificar esse acréscimo patrimonial incompatível; caso contrário, será inevitável a procedência da ação, podendo culminar em condenação do demandado nas penas do art. 12, I, da Lei nº 8.429/92.

### **3.2. Atos de improbidade que causam prejuízo ao erário**

Os atos definidos no art. 10 da Lei nº 8.429/92 são tidos como de gravidade intermediária. Também nesse caso, os incisos constituem rol exemplificativo,

bastando, para a sua tipificação, que o fato se coadune à norma contida no caput desse artigo.

Atente-se para fato de que o artigo se reporta à conduta dolosa ou culposa, sendo essa a única modalidade de ato de improbidade que estabelece a culpa como nexu subjetivo necessário à sua caracterização – observação que também se emprega à lesividade, que deverá ser concreta e material, o que torna esse artigo evidente exceção ao art. 21, I, da Lei nº 8.429/92.

Em que pese a prevalência do entendimento supra, HUGO NIGRO MAZZILLI e WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR admitem a existência da lesividade presumida – a lesão estaria presumida na prática das condutas descritas nos incisos, dispensando prova do efetivo dano patrimonial. O dolo a que o artigo se refere é o dolo comum.

O conceito de Erário deve ser interpretado restritivamente como a Fazenda Pública, no aspecto econômico-financeiro, divergindo, pois, do conceito de Patrimônio Público, que é mais abrangente, albergando valores históricos, estéticos, culturais, artísticos e turísticos. A conduta omissiva ou comissiva do agente deve ter como efeito a perda patrimonial.

### **3.2.1. Agentes políticos e a responsabilidade por culpa em face do art. 10 da Lei nº 8.429/92**

A conduta contida no art. 10 da Lei nº 8429/92 é a única modalidade de improbidade administrativa que admite a responsabilização do agente público pela sua prática na forma culposa. Tanto

o art. 9º quanto o 11 exigem que se caracterize o dolo na conduta, para a aplicação da sanção.

Como já dito, com o fito de promover uma maior proteção ao patrimônio público e à moralidade administrativa, a lei definiu “agente público” de forma ampla, indo além do conceito de “servidor público”. A amplitude do conceito não importa em isonomia de tratamento de todos os agentes considerados públicos nos termos do art. 2º da LIA. De fato, os agentes políticos exercem funções de natureza especial, diferenciando-se dos chamados agentes administrativos.

A responsabilidade por culpa prevista no art. 10 da Lei nº 8.429/92 não atinge todos os agentes públicos da mesma forma. Algumas autoridades não podem ser tolhidas de sua liberdade de ação, ou coagidas pela possibilidade de coação porventura decorrente da culpa comum ou erro técnico, sob pena de limitar o desempenho de suas atividades soberanas.

Para HELY LOPES MEIRELLES, em entendimento adotado pela maior parte da doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e para tanto ficam a salvo de responsabilização civil por seus erros de atuação, salvo tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.

Nessa categoria se enquadram o Chefe do Executivo e seus auxiliares imediatos; os membros das Casas Legislativas; os membros do Poder Judiciário; os membros do Ministério Público; os membros dos Tribunais de

Contas; os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou estranhas ao quadro do funcionalismo estatutário.

O privilégio dá-se aqui em função do cargo, em nome das elevadas funções desempenhadas, preservando-se o caráter impessoal e a isonomia.

Somente por lei há de serem estabelecidas essas vantagens e esses benefícios aos agentes políticos, tal como ocorre no caso dos membros da Magistratura e do Ministério Público, os quais, por previsão legal específica (art. 85 e art. 133, I, do CPC c/c art. 49, II, parágrafo único, da LOMAN), apenas se sujeitam à responsabilização por dolo – fraude, má-fé ou abuso de poder –, não sendo possível alcançá-los civilmente por culpa grave.

Quanto aos demais agentes políticos, somente poderão ser responsabilizados civilmente quando, no exercício de suas atribuições tipicamente estatais, causarem prejuízo à entidade pública ou a terceiros, agindo com dolo ou culpa grave. Não poderão ser responsabilizados por erros decorrentes da culpa simples.

A doutrina diverge em relação à subjetividade do conceito de “culpa grave”. Para alguns, a exemplo de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ela seria equiparada ao dolo, não distinguindo uma utilidade prática na gradação da culpa.

CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS lembra que, no Brasil, os elementos que compõem a “culpa grave” foram elencados por HUMBERTO

THEODORO JÚNIOR no âmbito das indenizações de acidentes de trabalho, com base no direito comum, estabelecendo-se três requisitos para a sua caracterização: “a) vontade de agir ou de omitir, por parte do patrão; b) o conhecimento do perigo que pode resultar de sua ação ou omissão; e c) a falta de causa elisiva, isto é, a ausência de qualquer explicação aceitável para a sua conduta perigosa”.

Em posição isolada, MARINO PAZZAGLINI FILHO admite a responsabilização dos agentes públicos em geral na seara da improbidade administrativa fundamentada na culpa simples – imprudência e negligência.

### **3.3. Atos que atentam contra os Princípios da Administração Pública**

Para CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS, essa modalidade de ato de improbidade é tida como a de menor gravidade do sistema, mas é inegável que o art. 11 constitui a grande inovação da Lei nº 8.429/92. Ele tipifica como improbidade administrativa a violação dos princípios que regem a Administração Pública e dos deveres impostos aos agentes públicos em geral, atingindo toda e qualquer conduta que revele um desvio ético ou vício moral do agente.

Pelo art. 11, a simples inobservância dos princípios acarreta responsabilidades, daí a sua relevância. Tutela-se aqui não só a moralidade administrativa e os demais princípios explícitos ou implícitos da Administração, mas também a tutela patrimonial, como no caso em que se verifique lesão dessa estirpe, devendo esta ser ressarcida (STJ, 1ª Turma,



REsp 10.338 – SC, Rel. Min Milton Luiz Pereira, 5-1-1996, DJU, 14 out. 1996).

CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS entende que, ao contrário dos arts. 9º e 10, na hipótese do art. 11, as condutas não acarretam dano material, pelo que não há o que se falar em ressarcimento de dano, afastando-se a possibilidade das cautelares de indisponibilidade de bens do indiciado e do sequestro (art. 7º, caput, parágrafo único e art. 16, caput e §§ 1º e 2º). Nessa concepção, se a violação a princípio administrativo ocasionar dano ao erário ou enriquecimento ilícito, a conduta deverá ser enquadrada nos artigos anteriores.

Em sede cautelar, nos termos do parágrafo único do art. 20, a violação ao art. 11 poderá ensejar o afastamento provisório do agente do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, desde que necessário à instrução processual.

Os incisos do artigo 11 também são exemplificativos, valendo as considerações anteriormente tecidas em relação aos artigos 9º e 10.

A conduta deve ser dolosa ou culposa (entenda-se culpa grave), comissiva ou omissiva dolosa. O comportamento do agente deve ser consciente, no sentido de não observar determinado princípio. Inserem-se nesse preceito também as tentativas de enriquecimento ilícito ou de causar prejuízo ao erário.

O artigo 11 é tido como norma residual, amparando qualquer violação de princípio que não tipifique as hipóteses dos artigos antecessores.

## 4. Sanções

O Capítulo III da Lei nº 8.429/92 estabelece, em seu art. 12, as sanções a serem aplicadas aos atos de improbidade administrativa. O preceito regulamenta norma contida no art. 37, § 4º, da CF/88, que preconiza que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos públicos, 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.

A legislação pune severamente a prática de atos de improbidade, impondo penalidades que, em tese, deveriam ser aplicadas cumulativamente. Nem todas as consequências legalmente previstas possuem natureza jurídica de sanção – como é o caso do ressarcimento integral do dano, que, apesar de não ensejar a propositura de ação própria, deve ser determinado por sentença judicial.

Nos casos das condutas enquadradas nos artigos 9º e 10 da Lei nº 8.429/92, estipula-se a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente ímprobo em decorrência do seu ato. Exige-se nexo de causalidade entre aquisição ilícita e o exercício da função pública.

A prática do ato de improbidade também acarreta a perda da função pública que o agente estiver exercendo na época da condenação, não tendo relevância o cargo ocupado pelo agente quando da prática do ato.

No que tange à suspensão dos direitos políticos, o art. 12, nos seus incisos I, II e III, estabelece limites mínimos e

máximos relativos aos artigos 9º, 10 e 11, respectivamente, punindo, nesse quesito, de forma mais rigorosa os atos de improbidade que acarretam enriquecimento ilícito, e de forma mais branda aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Na sequência, prevê-se o pagamento de “multa civil”, também estipulada de acordo com a natureza e a gravidade do ato. Além da conduta, também devem ser considerados o tamanho do dano sofrido pelo erário, a capacidade econômica do agente e o enriquecimento por ele experimentado.

O agente público que pratica o ato de improbidade tem ainda a sua atividade profissional limitada, mediante a proibição de contratar com o Poder Público por determinado prazo, estipulado de acordo com a natureza e a gravidade do ato praticado.

#### **4.1. Da cumulatividade das sanções do artigo 12**

Não obstante a interpretação literal do art. 12 e de seus incisos denotar que os atos de improbidade devem ser reprimidos pela aplicação cumulada de todas as sanções ali previstas, pacificou-se, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que a aplicação de tais penalidades deve se dar à luz do princípio da proporcionalidade.

Assim, conforme o caso concreto, será facultado ao Poder Judiciário, em sua discricionariedade, determinar, dentre as sanções previstas no artigo 12, aquelas que serão aplicadas, deixando de lado aquelas que se mostrem excessivas.

Não se privilegia, com isso, a impunidade. O magistrado, ao determinar a aplicação conjunta ou parcial dessas penalidades, deve ponderar as circunstâncias de cada caso – tais como a gravidade da conduta, o dano provocado e as vantagens percebidas pelo agente –, mensurando a sanção de acordo com o limite que considerar justo, excluindo as mais graves, em face da necessária adaptação aos elementos fáticos.

Comungam dessa corrente que admite a mitigação do art. 12 da Lei de Improbidade doutrinadores como FABIO MEDINA OSORIO, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, MARCELO FIGUEIREDO, MARINO PAZZAGLINI FILHO, JUAREZ FREITAS, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, LUCIA VALLE FIGUEIREDO, dentre outros.

Diversos tribunais do País, em especial o Superior Tribunal de Justiça, vêm adotando essa tese em seus reiterados julgados, ex vi o teor dos acórdãos referentes aos Recursos Especiais nº 439280/RS, nº 505068/PR e nº 29.1747/SP, da Primeira Turma, bem como os Recursos Especiais nº 242632/MG e nº 300184/SP, da Segunda Turma.

Contudo, nomes de grande peso defendem a tese da cumulatividade obrigatória das sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa, como é o caso de ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA, WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR e JOSÉ ANTÔNIO LISBOA NEIVA.

CARLOS FREDERICO BRITO DOS SANTOS elucida que, em tese, a cumulatividade obrigatória poderia ser aceita

apenas em relação aos atos de improbidade de maior gravidade, ou seja, aqueles previstos pelo art. 9º da Lei nº 8.429/92. Entretanto, o ordenamento estendeu o conceito de improbidade aos atos de menor gravidade, albergando, por exemplo, a lesão culposa ao erário, tornando plausível e justa, inclusive com fundamento no princípio constitucional da proporcionalidade, a aplicação alternativa das sanções em pauta.

## 5. Do processo administrativo

A Lei nº 8.429/92, em seus artigos 14 e 15, estabelece um procedimento administrativo a ser observado em uma fase pré-judicial, investigando-se, no âmbito da própria Administração, os fatos denunciados como ímprobos, evitando-se o acolhimento na via judicial de eventuais denúncias caluniosas e salvaguardando a honra dos agentes públicos.

A despeito do erro terminológico – uma vez que seria mais adequada a utilização do termo “processo administrativo” para indicar essa fase pré-judicial, por designar sequência de atos encadeados lógica e juridicamente –, essa etapa processual busca ainda fornecer elementos informativos necessários para que o Ministério Público ou a Procuradoria do órgão possam pleitear em juízo a aplicação judicial das penalidades previstas no art. 12.

Também será nessa fase que serão levantados os indícios de responsabilidade, os quais servirão de base à eventual representação da comissão ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão, para requisição ao juízo competente da decre-

tação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público, na forma do art. 16.

Embora as conclusões da Comissão, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, possam ensejar a aplicação das penalidades disciplinares previstas na Lei nº 8.112/90 em face de conduta tipificada na Lei de Improbidade também como ímproba, as sanções previstas no art. 12 da LIA são privativas do Poder Judiciário e somente poderão ser aplicadas por sentença.

Entretanto, a autoridade administrativa poderá aplicar a medida cautelar de afastamento provisório do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual – no caso do processo administrativo, conforme disposto no parágrafo único do art. 20, da Lei nº 8.429/92.

Da mesma forma e com as devidas adaptações, essa fase administrativa pré-judicial funcionará, no âmbito criminal, como inquérito policial, fornecendo ao Ministério Público os indícios de autoria e materialidade para a propositura da ação penal.

Em suma, por ausência de previsão legal, a autoridade administrativa não pode determinar o ressarcimento do dano e a perda de bens e valores acrescidos ilícitamente ao patrimônio do agente ou de terceiro, não obstante poder aplicar as sanções de perda da função pública e de suspensão de direitos políticos dos agentes públicos não vitálícios em processos administrativos, des-

de que por grave violação de dever funcional estatutário.

Nos moldes do art. 14, que corrobora o direito constitucional de petição previsto no art. 5º, XXXIV, da CF, qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar prática de ato de improbidade administrativa, desde que observados os seguintes requisitos: a) representação escrita ou reduzida a termo; b) deverá ser assinada; c) o representante deverá estar devidamente qualificado; e d) deverá indicar as provas de que o representante tenha conhecimento.

Caso a representação não satisfaça aos requisitos acima elencados, conforme o § 2º do art. 14, a autoridade administrativa, em despacho fundamentado, rejeitará a representação. O mesmo dispositivo estabelece que a rejeição não impede a representação ao Ministério Público, que poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

Na lição de SÉRGIO FERRAZ, “o requerimento inicial que se apresente com falhas estruturais não deve ser liminarmente rejeitado: impõem-se à Administração orientar ao administrado no sentido da correção e recuperação formal do requerimento (...), indicando concreta e minuciosamente os pontos a serem reformulados (imperativo dos princípios da boa-fé e do devido processo legal)”.

Atendidos os requisitos da representação, estabelece o § 3º do art. 14 que

a autoridade administrativa determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, serão processados na forma dos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112/90.

Conforme dispõe o art. 15, *caput* e parágrafo único, 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, os quais poderão, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo. Note-se que não é facultado à comissão deixar de dar conhecimento aos aludidos órgãos desse tipo de procedimento.

No tocante à conduta do agente público em face da Lei de Improbidade, presentes os indícios de autoria e materialidade, o relatório da comissão que irá pôr termo ao processo administrativo estará adstrito à remessa dos autos à procuradoria do órgão ou ao Ministério Público, para a adoção das medidas que entenderem cabíveis.

Alerte-se para a possibilidade da autoridade administrativa instaurar ex officio o processo administrativo para a apuração de fato reputado ímprobo de que venha a tomar conhecimento, sob pena de tipificar crimes previstos no art. 319 e no art. 320 do Código Penal, bem como, se a inação visar a satisfazer interesse ou sentimento pessoal, caracterizar, em qualquer hipótese, a conduta descrita no art., 11, II, da lei em comento.

## 6. Do processo judicial

Sobre a natureza jurídica da ação de improbidade, prevalece o entendimento de que se trata de espécie de ação civil pública. Nos termos do caput do art. 17 da Lei nº 8.429/92, a legitimidade ativa pertence exclusivamente ao Ministério Público e à entidade interessada. O cidadão, para proteger o patrimônio e a moralidade pública, deve valer-se da ação popular.

Ainda conforme o art. 17, caput, tem-se a possibilidade de propositura da medida cautelar – em geral, arresto de bens. No caso, a ação principal deve ser proposta no prazo de 30 dias da efetivação da cautelar. Ressalte-se que, se o arresto for requerido como medida cautelar durante a ação de improbidade, torna-se inaplicável o prazo de 30 dias.

O § 1º, do art. 17, da Lei nº 8.429/92, com base no princípio da indisponibilidade do interesse público, inviabiliza a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade.

Caso a ação de improbidade seja proposta pelo Ministério Público, a entidade pública, com base no art. 17, § 3º, poderá figurar como sujeito ativo ou passivo, defendendo o agente público, ou mesmo ficar inerte, nos termos da Lei de Ação Popular – Lei nº 4.717/65, art. 6º, § 3º. Perceba-se que o Ministério Público é tido como sujeito processual necessário nas ações de improbidade. Tal como no processo penal, se ele não intervier no processo como parte, deverá atuar como fiscal da lei.

Por se tratar de ação civil, a competência é determinada pelas regras gerais

do Código de Processo Civil. Os dispositivos do art. 84 do Código de Processo Penal que determinavam a aplicação do foro privilegiado às ações de improbidade administrativa foram considerados inconstitucionais pelo STF, pois essa matéria é reservada à Constituição Federal. O art. 17, § 5º, da lei traz norma específica, ao determinar que a competência por prevenção se dará sempre que forem intentadas ações com a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

A fase inicial do processo judicial por improbidade administrativa é similar à do processo penal – CPP, art. 513/518 –, em crimes cometidos por funcionários públicos contra a Administração Pública.

A petição inicial deverá ser instruída com documentos que demonstrem indícios suficientes da prática de ato de improbidade administrativa ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentar esses documentos, sob pena de se caracterizar litigância de má-fé (art. 17, § 6º).

Em seguida, no prazo de 15 dias, o requerido será notificado a se manifestar por escrito, ocasião em que deverão ser juntados documentos e justificações – art. 17, § 7º. Preenchidos os requisitos e recebida a manifestação, o juiz tem o prazo de 30 dias para decidir se rejeita a petição inicial – o que poderá fazer em decisão fundamentada, caso se convença da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (art. 17, § 8º).

Recebida a petição, o réu será citado para apresentar a contestação (art. 17, § 9º), cabendo dessa decisão a interpo-

sição de agravo de instrumento. Na forma do § 11 do art. 17, o processo poderá ser extinto em qualquer fase, sem julgamento do mérito, caso o juiz considere inadequada a ação.

## 7. Da disposição penal prevista na Lei nº 8.429/92

O art. 19 da Lei de Improbidade Administrativa tipifica como crime a representação por ato de improbidade feita quando o representante tem ciência da inocência do representado. A norma contida nesse artigo, apesar de bastante semelhante, diferencia-se da denúncia caluniosa contida no art. 339 do Código Penal. Contudo, a denúncia caluniosa só se consuma quando o falso relato dá origem a processo – inclusive por improbidade – ou a inquérito.

O crime do art. 19 consuma-se com a simples representação falsa ao Ministério Público ou à autoridade administrativa, não sendo necessária qualquer consequência posterior.

## 8. Da prescrição

Da leitura do inciso II, art. 23, da Lei nº 8.429/92, depreende-se que o prazo determinado para a prescrição da sanção de demissão a bem do serviço público, conforme a Lei nº 8.112/90, será de cinco anos, a contar da data em que o fato se tornou conhecido.

Assim, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal, a ação de ressarcimento dos danos causados ao erário será imprescritível.

Quanto ao prazo prescricional para ajuizar ação de improbidade contra o particular que colaborou com o agente público ou que se beneficiou do ato, em que pese haver quem considere a ocorrência de omissão do legislador, não se pode ignorar o fato de que, como o terceiro somente pôde praticar o ato de improbidade em concurso com o agente público, ou na qualidade de beneficiário deste, a condição de “agente público” necessariamente se comunicará a ele, aplicando-se também as mesmas penalidades, desde que cabíveis.

Conclui-se, pois, que ao terceiro se aplica o mesmo prazo prescricional do agente público com o qual tenha concorrido para a prática do ato ilícito, ou de cuja ação ou omissão o ímprobo se tenha beneficiado.

## Conclusão

A Lei nº 8.429/92 representou um enorme avanço legislativo, não obstante as dúvidas que eventualmente surgem na interpretação de alguns de seus dispositivos.

Uma das grandes contribuições dessa lei reporta-se à legitimidade ad causam para propositura da Ação de Improbidade. Conforme dispõe em seu art. 17, a ação para aplicação das sanções pela prática de atos dessa estirpe será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, ampliando, destarte, o leque de legitimados e, por conseguinte, a própria proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa, não deixando a titularidade da ação, como fez o legislador na Lei de Ação Popular, residir

tão somente em um único legitimado, o cidadão.

A Lei de Improbidade não previu, sequer, a figura do cidadão como autor, embora estabeleça que qualquer pessoa – cidadã ou não – poderá representar à autoridade competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade, respeitados os requisitos e o procedimento estabelecidos pelos parágrafos 1º e 2º do art. 14.

No âmbito do art. 17, ao se referir à pessoa jurídica interessada, a lei estabelece a legitimidade ativa, ao lado do Ministério Público, das próprias entidades públicas dotadas de personalidade jurídica e de algumas empresas privadas também prejudicadas pela prática do ato de improbidade, aumentando as chances de se garantir a efetiva aplicação da lei.

A regra estabelecida no art. 21, inciso I, da Lei de Improbidade, também pode ser ressaltada como um avanço, em especial por estabelecer que a aplicação das sanções decorrentes do ato de improbidade administrativa independente da lesividade, ou seja, da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio.

Com a Lei nº 8.429/92, tornou-se possível a condenação de agente público e de terceiros conluídos pela prática de improbidade administrativa por pura e simples violação de qualquer dos princípios da Administração Pública, por meio da ação ou omissão dolosa que viole os deveres da honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições, dentre outros, conforme previsto em seu art.11.

Muito além da decretação da invalidade do ato administrativo impugnado por sua ilegalidade e por sua lesividade ao patrimônio público, com a responsabilização do agente público e dos beneficiários diretos por perdas e danos, a lei de improbidade ampliou o leque de sanções, em número e intensidade, como se depreende da leitura do art. 12 e de seus incisos.

Ressalte-se, por fim, as procedências cautelares estabelecidas pela Lei de Improbidade Administrativa, como a indisponibilidade dos bens do indiciado pela prática do ato ímprobo, o sequestro de bens e o afastamento provisório do agente público do cargo, emprego ou função, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

## Referências Bibliográficas

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Improbidade Administrativa: reflexões sobre a Lei nº 8.429/92. 2ª ed. revista, atual., ampl. E com jurisprudência – Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa – Comentários à Lei nº 8.429/92 e legislação complementar, 4ª edição atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Edições, 2000.

FREITAS, Juarez. Do Princípio da Probidade Administrativa e de sua Máxima efetivação, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Editora Renovar e Fundação Getúlio Vargas, nº 204, abr./jun. 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo – Meio Ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos, 13ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001.



MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 4ª Ed – São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 33ª edição atualizada pela Constituição Federal de 1988, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, volume I, 11ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino, ROSA, Márcio Fernando Elias e FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa: observações sobre a lei 8429-92.

- 2.ed., ampl. e atual. - Porto Alegre: Síntese, 1998.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro. Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 25ª edição revista e ampliada, São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

FERRAZ, Sérgio. Aspectos Processuais na Lei sobre Improbidade Administrativa, in Improbidade Administrativa – questões polêmicas e atuais, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

# A inserção das empresas estatais no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal

**Marcelo Pontes Vianna**, bacharel em Ciência Política e especialista em Direito Disciplinar na Administração Pública pela Universidade de Brasília, Analista de Finanças e Controle da CGU, Corregedor Setorial do Ministério de Minas e Energia.

## Introdução

Os anos recentes do governo atual (2003 a 2009) foram marcados por uma atuação destacada por parte dos órgãos policiais, de controle interno e externo, no que diz respeito à identificação de irregularidades envolvendo agentes públicos. Operações policiais, tais como a “Sanguessuga”, “Mão-de-Obra” e “Déjà-vu”, ganharam destaque na imprensa nacional, na medida em que desmascaravam grandes esquemas de corrupção, com desvio de recursos públicos, em todos os quais, indubitavelmente, contavam com a participação de ocupantes de cargos na Administração Pública.

Chamou atenção também a participação da Controladoria-Geral da União, especialmente importante em dois aspectos pertinentes quando da apuração de irregularidades: tanto auditando grandes processos de contratação, trabalho levado a cabo pela Secretaria Federal de Controle Interno, quanto responsabilizando administrativamente os agentes públicos envolvidos em situa-

ções fraudulentas, atividade essa de competência da Corregedoria-Geral da União.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua que interno é o controle exercido pelos órgãos da própria Administração, enquanto externo é aquele efetuado por órgãos alheios a ela. Aduz ainda que, por própria disposição constitucional, a Administração deverá manter um sistema integrado de controle interno, com a finalidade de avaliar a execução de programas e do orçamento; de comprovar a legalidade e avaliar os resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial; de exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias; e de apoiar o controle externo.

Na prática, o desenvolvimento dessa atividade ficou comumente conhecido por aquelas ações de auditoria e fiscalização. Ainda que já de alguns anos se tenha observado um incremento na avaliação da eficiência dos programas desenvolvidos pela Administração, dando menor destaque apenas ao controle

contábil-financeiro da execução orçamentária, os órgãos deixaram cada vez mais evidente a fragilidade dos instrumentos de responsabilização daqueles agentes que dão causa às irregularidades detectadas pelos órgãos de controle.

Numa demonstração de avanço, o Poder Executivo dotou-se de unidade de Controle Interno que, pelo próprio desempenho de suas competências legais, passou a classificar as atividades de auditoria e fiscalização como espécies do gênero “controle interno”, que passaria a abranger também as atividades de ouvidoria, prevenção à corrupção e correição.

A correição está intimamente ligada às ações que têm por finalidade a apuração de responsabilidade por irregularidades cometidas com a consequente aplicação da sanção administrativo-disciplinar cabível.

No esforço de exercer suas atribuições de Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, com a competência inclusive de instaurar diretamente os procedimentos disciplinares em função da sua relevância, a Controladoria-Geral da União deve se deter sobre duas importantes questões, no que diz respeito às empresas estatais:

- a) Qual procedimento disciplinar a ser adotado quando da apuração de irregularidades cometidas por empregados de empresas estatais?
- b) Em que medida as empresas estatais estão inseridas no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal?

São essas as duas principais questões que o trabalho a ser desenvolvido

pretende discutir, no intuito de apresentar os pontos que devem ser levados em consideração no que diz respeito ao regime disciplinar dos empregados públicos.

## **1. As empresas estatais: contornos jurídicos e políticos**

Inicialmente, faz-se necessário delimitar desde já o escopo deste trabalho, no que diz respeito a que entidades serão objeto de estudo. Ainda que seja muito comum se aplicar o termo empresa pública de forma indistinta àquelas entidades que exploram atividade econômica sob controle do Estado, é importante frisar a necessidade de se distinguir a empresa pública, em suas características e natureza jurídica, dos demais entes que compõem a Administração Pública. Nesse sentido, salutar adotar o mesmo posicionamento de Di Pietro, que defende a necessidade de se evitar a expressão empresa pública no sentido genérico, uma vez que se refere sim à espécie de entidade pública.

No entender da mesma doutrinadora, é mais adequada a utilização da expressão empresa estatal ou governamental ao se designar, no gênero, as entidades de natureza civis ou comerciais de que o Estado detenha controle acionário. Dentro de tal gênero, distinguem-se as espécies empresas públicas das sociedades de economia mista. Apesar de distintas na sua forma de organização e composição do capital, defende-se que ambas as entidades devem ser objeto de estudo conjunto. Com efeito, verifica-se que as duas espécies apresentam simi-

litudes essenciais, tais como a personalidade jurídica de direito privado e desempenho de atividade econômica e, mais importante para o presente estudo, a sujeição ao controle estatal e o fato de seus funcionários serem regido pelas leis trabalhistas.

De modo que, superada tal questão inicial, as empresas públicas e as sociedades de economia mista serão designadas, daqui em diante, no seu termo genérico, como empresas estatais ou, simplesmente, estatais.

Pois bem, de acordo com o art. 37 da Constituição Federal de 1988, com a redação determinada pela Emenda Constitucional nº 19, a Administração Pública se organiza em Direta e Indireta, estando toda ela vinculada aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A doutrina esclarece que a distinção entre administração direta e indireta provém de uma necessidade do Estado de se organizar de melhor forma, no sentido de atender aos anseios da população, promovendo uma descentralização de suas atividades. A descentralização, no conceito de Di Pietro, é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica.

A Administração Direta é composta pelos órgãos que, detentores de personalidade jurídica pública, ao mesmo tempo em que são titulares, também são executores do serviço público. Por sua vez, a Administração Indireta tem por objetivo a execução de tarefas de interesse do Estado, que, pela necessidade de especialização territorial ou mesmo funcional, descentraliza suas

atividades, para que sejam executadas por outras entidades.

Compõem a Administração Indireta as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas. No âmbito da União, tais entes estarão sempre vinculados a um ministério e, excepcionalmente, diretamente à Presidência da República. Esse fato é relevante, na medida em que suscita a questão referente à atividade denominada, pelo Decreto-Lei nº 200/97, de supervisão ministerial. Tal exercício nada mais é do que um desdobramento lógico da questão referente à descentralização de funções. Se as entidades da Administração Indireta se mantêm vinculadas aos ministérios, uma vez que aquelas tiveram suas funções delegadas por estes, nada mais natural que o exercício de verdadeira tutela administrativa por parte das pastas ministeriais sobre seus entes vinculados.

No entanto, não se pode deixar de apontar que, no plano concreto, os fatos se contrapõem à possibilidade de exercício de supervisão efetiva por parte dos ministérios sobre as entidades vinculadas. Com efeito, temos que, por razões históricas, diversas entidades que compõem a Administração Indireta possuem estrutura, capilaridade, corpo funcional, dentre outras importantes características, muito superiores, em tamanho e complexidade, aos Ministérios aos quais se encontram vinculadas. São os claros casos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB), Departamento da Polícia Federal (DPF), que, por diversos aspectos, possuem características que dificultam um efetivo

controle por parte dos ministérios a que estão ligados.

No caso das empresas estatais, é possível colecionar exemplos de ainda maior destaque do que no caso das autarquias citadas anteriormente. É o caso da Petrobras e da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, para citar apenas duas entidades. Talvez a maior demonstração dessa independência administrativa e política das estatais seja o fato de que, ainda que muitas vezes se mantenha, no aspecto formal, a necessidade de que a nomeação dos dirigentes das estatais seja ato de competência dos Ministros de Estado a que estão vinculadas, por vezes se sabe que a designação parte diretamente do Presidente da República. É possível, a título de ilustração, citar o caso da Infraero no início do primeiro mandato do governo do Presidente Lula, quando seu dirigente maior fora anunciado antes mesmo da indicação de quem seria o titular da pasta do Ministério da Defesa, responsável pela assinatura de sua portaria de nomeação. Pode-se chegar ainda ao extremo, ao frisar o caso dos Correios, que, conforme estabelece seu estatuto, dispensa tal formalidade, ao dispor que seus diretores serão nomeados diretamente pelo Chefe do Poder Executivo.

Busca-se aqui apenas exemplificar o grau de autonomia que as empresas estatais alcançaram ao longo dos anos. E opina-se que não poderia ser de outra forma. Estatais como Banco do Brasil e ECT movimentam recursos de grande monta e estão mais presentes no território nacional que a grande maioria dos demais órgãos estatais. As estatais de maior porte, na sua maioria, remontam antes mesmo à Constituição de 1988 e

ao próprio Decreto-Lei nº 200/67, que dispõe sobre a supervisão ministerial. Portanto, verificamos que o exercício do controle por parte do ministério sobre as entidades que se encontram a ele vinculadas nem sempre é possível no plano prático. Entretanto, o legislador dispôs acerca da supervisão ministerial, dotando o ordenamento de instrumento jurídico possível de aplicação, sempre que as condições políticas assim possibilitarem.

## **2. Questões jurídicas pertinentes ao quadro funcional das empresas estatais**

Interessa aqui, para o enfoque disciplinar administrativo, debruçar-se sobre a categoria daqueles que se encontram abrangidos por tal esfera, ou seja, a dos servidores estatais, reunindo aí os servidores públicos, empregados públicos e servidores temporários.

De modo expresso pelo art. 2º da Lei nº 8.112/90, servidor público é aquele que ocupa cargo público de provimento em caráter efetivo, que pressupõe prévia aprovação em concurso público, ou de provimento em comissão. Estão submetidos a regime estatutário, estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação.

Por sua vez, os servidores temporários são, basicamente, prestadores de serviço contratados pela Administração para exercerem funções em caráter temporário. Para sua efetivação, não se submetem à exigência de concurso público, podendo ser utilizado processo de seleção simplificada. Seu regime se encontra disposto pela Lei nº 8.745/93, sendo

assegurados, na esfera federal, alguns direitos previstos aos servidores estatutários, conforme prevê o art. 11 de tal normativo. Desse modo, sua condição jurídica se aproxima mais à dos servidores públicos do que àquela dos empregados públicos.

No que diz respeito aos empregados públicos, faz-se necessária uma ressalva inicialmente. Aqui se denomina empregado público aquele funcionário contratado pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, não se confundido com o emprego público regido pela Lei nº 9.962/2000, que cria a possibilidade de a Administração Pública Direta, autárquica e fundacional contratar mediante o regime trabalhista e prevê regras específicas a serem aplicadas a tais funcionários. Tendo em vista que diversas questões jurídicas impossibilitaram a aplicação da possibilidade trazida por tal lei<sup>1</sup>, prefere-se a adoção do termo empregado público para aquele que faz parte dos quadros funcionais das empresas estatais.

Conforme aqui já explanado e tomando emprestado o entendimento do doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, frisa-se que as empresas estatais, apesar de instrumentos do Estado, são dotadas de personalidade de Direito Privado, embora submetidas a certas regras especiais, decorrentes de serem coadjuvante da ação governamental. Não obstante, as empresas públicas, a exemplo das demais entidades que

compõem a Administração Pública, e por força do que dispõe o art. 37 da CF/88, devem obedecer aos princípios ali estabelecidos.

Seus empregados, entretanto, conforme previsto no art. 173, § 1º, inciso II, da CF/88, estão submetidos aos ditames da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), ainda que somente seja permitida sua contratação mediante a realização de concurso público. Nessa condição, os empregados públicos firmam contrato de trabalho e se submetem à legislação trabalhista tal como os funcionários de qualquer empresa privada. Entretanto, ao empregado público recai a condição inafastável de se inserir dentro do gênero dos agentes públicos – decorrendo daí algumas peculiaridades que não ocorrem em relação aos empregados nas relações eminentemente privadas, e que serão estudadas aqui, especialmente no que se refere à possibilidade de responsabilização funcional.

### 3. Poder Disciplinar nas relações trabalhistas

Há muito, a legislação e a jurisprudência reconhecem, na relação trabalhista, a existência de um Poder Disciplinar, decorrente do Poder Empregatício, segundo o qual o empregador pode aplicar ao empregado sanções disciplinares, a fim de fazer cumprir as ordens de serviço, salvo se ilegais ou imorais, e responsabilizar a prática de atos irregulares. Citem-se, nesse sentido, os artigos 474 e 482 da CLT, que preveem, respectivamente, a possibilidade de suspensão e rescisão por justa causa do contrato de trabalho, com cla-

1 O STF, julgando a ADIN 2135-4, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 039, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 019, de 04 de junho de 1998, suspendendo a eficácia da Lei nº 9.962/2000, que regulamentava tal dispositivo. Acórdão publicado no DJ de 07/03/2008.

ro intuito disciplinar, já que trazem previsão de reflexos negativos na remuneração do trabalhador.

A CLT estabelece regras para aquelas relações que são firmadas mediante contrato de trabalho, ou seja, a relação empregador-empregado. Decorre do disposto no art. 2º do referido diploma legal, bem como do próprio contrato de trabalho, o poder de direção do empregador. O poder de direção compreende aquelas medidas necessárias para organizar as atividades de trabalho de acordo com os fins da empresa. De tal poder decorre outro, o disciplinar. Entende a doutrina que o poder disciplinar é a faculdade que possui o empregador de impor sanções ao empregado, com o objetivo de manter a ordem e a disciplina na empresa, fazendo cumprir as ordens de serviço, salvo se ilegais ou imorais, e responsabilizando a prática de atos irregulares. Nesse diapasão, as empresas, além de aplicarem as normas da CLT, também são livres para elaborar regulamentos disciplinares, a fim de melhor exercerem o poder diretivo.

No entanto, já é assente na jurisprudência, que, em existindo uma norma estabelecendo a forma como se procederão às apurações disciplinares, a empresa não pode dela prescindir ao apenar um empregado. Esse é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, conforme o Enunciado nº 77: "Nula é a punição do empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa por norma regulamentar".

De acordo com o ensinamento do Prof. Godinho, tem-se que o poder disciplinar constitui o conjunto de prerro-

gativas concentradas no empregador, com o objetivo de impor reprimendas ou sanções aos empregados pela inobservância de obrigações contratuais ou mesmo regimentos internos estabelecidos pelo empregador.

O poder disciplinar, apesar da possibilidade de ser identificado como simples decorrência do exercício do poder de direção, possui conceitos e especificidades que lhe conferem autonomia enquanto objeto de estudo, podendo-se citar a existência dos conceitos de ilícito trabalhista, sanção e procedimento punitivo.

Como se pode concluir, a titularidade desse amplo poder compete ao empregador, como emanção de seu poder diretivo, que assume a função de garantia de subsistência do vínculo laboral, e, como veremos mais adiante, deve ser utilizado, dentro de certos limites, no momento problemático de desenvolvimento das relações trabalhistas, em situações de inadimplemento funcional por parte do empregado.

Aprofundando a matéria, importante apontar aqui três aspectos referentes à aplicação do poder disciplinar nas relações trabalhistas: caracterização das infrações trabalhistas, infrações obreiras tipificadas na legislação e modalidades de sanções aplicáveis.

Dois são os critérios trabalhados, no que diz respeito ao esforço de se caracterizar as infrações trabalhistas. O critério taxativo exige que a legislação preveja todas as hipóteses de infração que são passíveis de serem reprimidas por meio de sanção, no caso de seu cometimento pelo empregado. Observa-se



que tal lógica busca se aproximar do princípio penal clássico de que não há infração sem previsão legal. Do outro lado, existe o critério genérico que defende que a legislação não deve prever quais são as infrações trabalhistas, mas sim autorizar ao empregador auferir se o ato praticado pelo empregado possui gravidade suficiente, que justifique a aplicação de sanção. Nesse sentido, vale notar, como exemplo de critério genérico, o conceito de justa causa inserido na Lei do Contrato de Trabalho portuguesa, não mais vigente, mas que estabelecia o seguinte: “Considera-se justa causa o comportamento culposo do trabalhador que, pela sua gravidade e conseqüências, torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho”.

Fácil de observar que o critério genérico confere ao empregador uma larga margem de subjetivismo no momento da utilização do poder disciplinar, o que se afasta do momento atual da legislação trabalhista, mesmo no Brasil, que vem buscando cada vez mais proteger o empregado nas relações de trabalho.

Considera-se que o legislador brasileiro se aproximou mais do critério taxativo, como pode se observar na CLT, que, em seu art. 482, estabelece o rol das condutas do empregado que podem ensejar a rescisão do contrato de trabalho por justa causa. No entanto, não pode se levar a crer que as infrações trabalhistas ali dispostas sigam os rigores dos tipos penais. Com efeito, as infrações trabalhistas foram disciplinadas com um traço significativamente mais flexível, assim como no caso das infrações disciplinares previstas no regime da Lei nº 8.112/90, aplicável aos servidores

públicos. Como exemplo, pode-se citar a alínea ‘b’ do art. 482 da CLT, que estabelece o “mau procedimento” como sendo infração trabalhista, sem estabelecer conceitualmente a que se refere especificamente tal conduta.

Portanto, as infrações obreiras tipificadas se encontram dispostas no referido dispositivo da Consolidação das Leis Trabalhistas, podendo-se encontrar outro pequeno número de infrações aplicáveis a categorias especiais de trabalhadores ou àqueles que se encontrem em circunstâncias especiais. Pode-se citar, como exemplo, a previsão do art. 158 da CLT, que estabelece como ato faltoso a recusa injustificada do empregado a observar as instruções quanto à saúde e à segurança do trabalho, e a do art. 508, que, no caso do bancário, prevê como falta a abstenção contumaz quanto ao pagamento de dívidas legalmente exigíveis.

Quanto às modalidades de sanções admitidas nas relações de trabalho, tem-se que o Direito do Trabalho brasileiro acata basicamente três tipos: advertência, suspensão disciplinar e rescisão contratual por justa causa. Necessário ressaltar que, por exceção, também é admitida a aplicação de multa punitiva, mas apenas no caso dos atletas profissionais.

Quanto aos requisitos para a aplicação de sanção disciplinar, conforme já foi dito, a CLT não exige que seja realizado procedimento prévio que vise apurar a falta trabalhista. No entanto, conforme o já transcrito enunciado nº 77 do TST, a empresa que tiver se obrigado, por norma interna, a realizar sindicância ou procedimento apuratório não pode-

rá deixar de fazê-lo quando da aplicação de sanções.

#### **4. O regime disciplinar aplicável aos servidores públicos**

Acima foram descritas, em linhas gerais, as principais questões referentes ao poder disciplinar nas relações trabalhistas. Antes de buscar discutir as questões referentes às especificidades do exercício do poder disciplinar nas empresas estatais, julga-se interessante, a título de comparação, apresentar o regime disciplinar ao qual os servidores públicos se encontram submetidos.

Os servidores públicos federais são regidos pelas normas estabelecidas na Lei nº 8.112/90. Em seu bojo, tal diploma legal traz parte específica (Título IV) destinada a reger a conduta e estabelecer a forma de apurar infrações cometidas pelos servidores públicos. Encontram-se ali dispostos seus deveres, suas proibições, as sanções aplicáveis, bem como as hipóteses que ensejam a aplicação de penalidade capital, a demissão.

Por força de disposição legal e em atendimento ao princípio constitucional estabelecido no inciso LV, do art. 5º, da Carta Magna (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), os servidores públicos só poderão ser apenados após a instrução de regular procedimento disciplinar, destinado a apurar as irregularidades de que a autoridade competente teve notícia.

Em quaisquer dos procedimentos administrativos, a penalidade que se entenda cabível só poderá ser aplicada se tiverem sido observados todos os requisitos formais que assegurem ao servidor acusado todos os meios de defesa possíveis. Nesse sentido, a legislação estabelece que o acusado deve ter notícia e a ele deve ser facultado participar de todas as diligências promovidas no curso do procedimento disciplinar, ter possibilidade de formular as provas que julgar necessárias, além de apresentar defesa por escrito antes da decisão final.

Portanto, observa-se que o legislador entendeu que, aos servidores públicos acusados em procedimentos disciplinares, pelo menos na esfera federal, deverão ser observados o contraditório e a ampla defesa, numa dimensão mais extensa do que a prevista no processo civil, aproximando-se mais às exigências formais do processo penal. Nesse sentido, insta registrar que, tanto na esfera penal quanto na administrativa, buscase alcançar a verdade material, enquanto, na esfera civil, apesar da existência de correntes contrárias, tem-se solidificada a percepção de alcance da verdade formal. Processualmente, tem-se diversos institutos cuja observância é intrínseca para a conclusão de um processo penal e administrativo-disciplinar, tais como a imprescindibilidade da apresentação de defesa e ausência de presunção de verdade, o que não ocorre no processo civil.

Como já foi aqui exposto, no tocante aos processos disciplinares existentes na seara trabalhista, não existe sequer exigência de prévio procedimento para instrução de sanção, quanto mais a exigência de observância aos preceitos do

contraditório e da ampla defesa. Apesar de correntes doutrinárias que apontam a existência de uma tendência, nos países mais desenvolvidos, no sentido de modificar esse entendimento, no Brasil continua a vigorar a concepção de que o empregador detém a prerrogativa de avaliar a conduta e aplicar a sanção que julgar cabível de forma isolada, sem estar obrigado a oportunizar a possibilidade de defesa por parte do empregado. Naturalmente, a natureza precária da relação trabalhista confere pouca segurança ao empregado para recorrer judicialmente do recebimento de penalidade disciplinar.

Mas o que dizer a respeito das relações trabalhistas no âmbito das empresas estatais? Ao contrário do que ocorre nos empreendimentos privados, aquelas empresas controladas pelo Estado não devem se ater ao interesse de particulares, mas sim observar a vontade coletiva, o fim público. Nesse sentido, como garantir que o exercício do poder disciplinar nas estatais seja utilizado em observância aos princípios constitucionais aos quais elas se encontram vinculadas? No próximo ponto se tentará, sem ter a pretensão de esgotar o assunto, discutir os principais aspectos a respeito da necessidade de um procedimento disciplinar para apuração de irregularidades cometidas por empregados públicos.

## **5. O procedimento disciplinar nas empresas estatais e a necessidade de observância ao contraditório e a ampla defesa**

Com a intenção de evitar repetir conceitos já apresentados ao longo deste

trabalho, no tocante às empresas estatais, tem-se o seguinte resumo: podem atuar em regime concorrencial ou não, são instrumentos do Estado para atuar diretamente na exploração de atividade econômica ou na prestação de serviços públicos e seus empregados são regidos pelas normas da CLT.

Inicialmente, frise-se o entendimento aqui defendido de que a aplicação de penalidades disciplinares não pode dispensar motivação. Ocorre que, no caso

*Desse modo, entende-se que as empresas estatais não se poderão furtar de, na ausência de legislação específica, dotar-se de normativo interno em que – observadas suas especificidades, sua organização e a natureza da atividade que desempenha – disponha acerca dos deveres e das proibições que devem observar seus empregados, bem como de procedimento específico a ser adotado para instruir a aplicação de sanções disciplinares, quando do cometimento de alguma infração disciplinar.*

da aplicação, pelo empregador, de seu poder disciplinar, a motivação não poderá decorrer tão somente de entendimento empresarial da autoridade, mas deverá sim estar respaldada em provas mínimas que sustentem a penalidade imposta. Nesse sentido, não parece ser outro o posicionamento a ser adotado senão o da indispensabilidade de adoção de procedimento disciplinar, que deverá apurar a falta disciplinar supostamente cometida, a fim de instruir a decisão da autoridade.

A Constituição Federal impõe ao legislador normatizar, em diploma legal específico, as especificidades, inclusive quanto às questões trabalhistas, a que as empresas estatais estarão sujeitadas, *in verbis*:

“Art. 173.

(...)

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Entretanto, o legislador permanece inerte até o presente momento, não tendo atuando no sentido de regulamentar o disposto no §1º do art. 173. Assim, as empresas estatais, nas relações trabalhistas, devem continuar sendo regidas pela CLT, sem deixar, contu-

do, de observar as demais exigências impostas à Administração Pública.

Desse modo, entende-se que as empresas estatais não se poderão furtar de, na ausência de legislação específica, dotarem-se de normativo interno em que – observadas suas especificidades, sua organização e a natureza da atividade que desempenha – disponha acerca dos deveres e das proibições que devem observar seus empregados, bem como de procedimento específico a ser adotado para instruir a aplicação de sanções disciplinares, quando do cometimento de alguma infração disciplinar.

Avançando no assunto, também se defende que o procedimento disciplinar a ser adotado pelas empresas estatais tenha observância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, por observância ao que impôs o constituinte originário. Ocorre que aqui surge importante questão no plano prático, ao qual o operador do direito não pode se furtar a discutir. É sabido que a adoção de procedimentos por demais burocratizados configura verdadeiro entrave ao bom desempenho econômico das empresas estatais. Tanto é verdade que o constituinte previu que o próprio regime de contratação por parte das empresas estatais poderá observar regime diferenciado dos demais entes públicos, nos termos da lei.

Portanto, surge questionamento importante acerca da adoção dos procedimentos disciplinares no âmbito das empresas estatais, qual seja, em que medida a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa poderá constituir verdadeiro engessamento das estatais, configurando um empecilho à

exploração da atividade econômica, especialmente no caso daquelas que atuam em regime de concorrência, uma vez que não existe a mesma exigência para as empresas privadas.

Nesse ponto, fica clara a necessidade de ação por parte do legislador, a quem caberá definir em que medida os procedimentos apuratórios a serem adotados pelas empresas estatais deverão se aproximar do modelo adotado pela Administração Direta.

Ocorre que, até a promulgação de lei específica, defende-se que as empresas estatais se encontram obrigadas à adoção de procedimentos disciplinares prévios à imposição de sanções disciplinares, que, ainda que não na mesma extensão do previsto na Lei nº 8.112/90, assegurem oportunidade ao empregado acusado de apresentar minimamente suas razões de defesa.

## **6. As empresas estatais e o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal**

O Decreto 5.480/2005 estabeleceu o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, especificando que suas atividades compreendem todas aquelas relacionadas à prevenção e apuração de irregularidades no âmbito do Poder Executivo Federal, por meio da instauração e condução de procedimentos correccionais. Dispôs ainda como competência da Controladoria-Geral da União, enquanto órgão central do sistema em questão, as seguintes atividades: definição, padronização, sistematização e normatização dos procedimentos atinentes às atividades de correição; ge-

rência e exercício do controle técnico das atividades desempenhadas pelas unidades integrantes do Sistema de Correição.

Ocorre que o mesmo diploma legal, ao especificar as unidades que compõem o Sistema de Correição, assim elencou: a Controladoria-Geral da União, como Órgão Central do Sistema; as unidades específicas de correição para atuação junto aos ministérios, como unidades setoriais; as unidades específicas de correição nos órgãos que compõem a estrutura dos ministérios, bem como de suas autarquias e fundações públicas, como unidades seccionais; e a Comissão de Coordenação de Correição.

Como se pode observar, o texto especificou que as unidades seccionais seriam aquelas que compõem a estrutura dos ministérios, assim como de suas autarquias e fundações. Entretanto, uma interpretação sistemática do decreto necessariamente suscita uma questão a ser dirimida pelos aplicadores da norma: uma vez que o Sistema de Correição engloba todo Poder Executivo Federal, daí não podendo ser afastado qualquer ente da Administração Direta ou Indireta, as entidades correccionais porventura existentes na estrutura de empresas públicas ou sociedades de economia mista estariam subordinadas a tal Sistema na condição de unidades seccionais?

Inicialmente, faz-se necessário se debruçar, ainda que rapidamente, sobre o alcance dos instrumentos correccionais de que dispõe a CGU para atingir seu objetivo institucional. O Decreto 5.480/2005 é expresso, não deixando margem a dúvidas quanto à possibilidade

***Aquelas unidades específicas de correição porventura criadas na estrutura de uma empresa pública ou sociedade de economia mista certamente farão parte do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal na condição de unidade seccional, estando sujeitas às disposições constantes do decreto sob análise.***

de a CGU instaurar, avocar, requisitar ou mesmo verificar a regularidade de qualquer procedimento disciplinar em curso no âmbito do Poder Executivo Federal, conforme estabelece o parágrafo 3º de seu art. 4º.

Razoável interpretar que a vontade do legislador (uma vez que o decreto em questão decorre da competência definida pela Lei 10.683/2003) foi clara, no sentido de não restringir o escopo de ação da CGU apenas àqueles procedimentos previstos na Lei 8.112/90, regime legal aplicável somente aos servidores públicos, que, por sua vez, compõem os quadros funcionais dos órgãos da Administração Direta e de entidades autárquicas e fundacionais. A redação final do parágrafo acima mencionado sujeita qualquer procedimento disciplinar desenvolvido no âmbito de qualquer entidade da Administração Pública Federal à ação da CGU, desde que estejam diretamente relacionados à lesão ou possibili-

dade de lesão ao erário. Portanto, não resta dúvida de que o normativo conferiu capacidade ao órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal de verificar a regularidade de procedimentos disciplinares, inclusive no âmbito de empresas públicas e sociedades de economia mista. Nesse sentido, o Ministro de Estado do Controle e da Transparência já instaurou diversos procedimentos disciplinares para investigar possíveis irregularidades envolvendo empregados dos Correios e da Infraero, a título de exemplo.

Diante disso, observa-se que, ao passo em que foi claro ao estabelecer o alcance das ações correicionais do Sistema de Correição do Poder Executivo, o autor do decreto em questão claramente se olvidou de inserir, de forma expressa, as empresas públicas e as sociedades de economia mista na condição das entidades passíveis de possuírem unidades seccionais do Sistema. Tal esquecimento certamente se deve ao fato de não se ter notícia de que qualquer ente dessa natureza possua uma unidade específica para a área de correição, sendo atividade esta geralmente desempenhada por departamentos que desenvolvem outras ações como finalidade precípua, tais como as auditorias internas ou mesmo os setores de recursos humanos.

Entretanto, pelo aqui já exposto, uma interpretação sistemática do Decreto nº 5.480/2005 fatalmente irá concluir que as empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas à supervisão correicional inerente ao exercício da Controladoria-Geral da União. No mesmo sentido, pode-se concluir que aquelas unidades específi-



cas de correição porventura criadas na estrutura de uma empresa pública ou sociedade de economia mista certamente farão parte do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal na condição de unidade seccional, estando sujeitas às disposições constantes do decreto sob análise.

## Conclusão

O presente trabalho teve por propósito tratar das principais questões afetas à responsabilização disciplinar dos empregados públicos das empresas estatais, especificamente sob o ponto de vista do papel exercido pela Controladoria-Geral da União enquanto órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo. Nesse sentido, foram propostas as seguintes questões como norteadoras deste estudo:

- a) Qual procedimento disciplinar a ser adotado quando da apuração de irregularidades cometidas por empregados de empresas estatais?
- b) Em que medida as empresas estatais estão inseridas no Sistema de Correição do Poder Executivo Federal?

De todo o exposto, apontou-se que a Constituição Federal relegou ao legislador a função de dispor acerca de um estatuto jurídico trabalhista próprio das empresas estatais. Diante desse vácuo, entende-se que as estatais, no que concerne à matéria disciplinar, deverão observar o disposto na CLT e deverão normatizar internamente os procedimentos disciplinares que deverão anteceder à aplicação de sanções, oportunizando aos empregados públicos o direito de apresentar defesa e formular as provas em que tiverem interesse.

Sobre a inserção das empresas estatais no Sistema de Correição do Poder Executivo, observou-se que o decreto que o regulamentou não especificou a inclusão de unidades correcionais de empresas públicas e sociedades de economia mista enquanto integrantes do Sistema. No entanto, por meio de interpretação sistemática, é razoável entender que, apesar de não estar expresso no texto da norma, eventuais unidades de correição que forem criadas no âmbito das empresas estatais deverão se submeter aos ditames do Sistema de Correição.

## Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Marcos Duanne Barbosa de. Do direito ao contraditório e à ampla defesa na aplicação de penalidades na relação de emprego. Disponível em Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1364, 27 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9656>>. Acesso em: 19 jul. 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. São Paulo: LTR, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, Processo Administrativo Federal, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14ª ed. Ed. Lumen Juris, 2005.

DANTAS, Alcebiades Tavares. Reflexões sobre enfrentamento disciplinar nas empresas públicas e sociedades de economia mista. In: Decisório Trabalhista: Revista de doutrina e jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho, TST, STJ e STF. Curitiba: DT, 2007. p. 7 a 53.



DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 435 e 436.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Do fundamento do poder disciplinar laboral. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Limites ao Poder Disciplinar do Empregador. São Paulo: JUSVOX, 2007. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=1254> (Consultado em 10.07.2009).

# O Devido Processo Legal como direito fundamental em processos administrativos disciplinares implica necessariamente na obrigatoriedade de defesa técnica proferida por advogado?

*Maria do Rosário Ferreira*, Analista de Finanças e Controle da CGU.

## Introdução

A temática a ser desenvolvida neste estudo tem relação direta com o trabalho desenvolvido pelos Analistas de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União (CGU) na análise e na aplicação do instituto do contraditório e da ampla defesa nos Processos Administrativos Disciplinares (PAD) instaurados no âmbito do Poder Executivo Federal.

Neste sucinto artigo, pretende-se apresentar, de forma clara e concisa, o exercício do contraditório e da ampla defesa na Lei 8.112/90 e em outras le-

gislações. Como se tem dado esse exercício? Tem sido exercido plenamente? A defesa técnica tão discutida atualmente é essencial no processo administrativo disciplinar?

Sabe-se que o princípio da presunção de inocência está contido no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Esse princípio funciona como garantia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de eventual processo a que responda.

No processo administrativo disciplinar, incide o mesmo princípio, ou seja, é necessária a existência de um mínimo

de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com garantia da ampla defesa, uma vez que a verdade sabida foi descartada do cenário administrativo e, em seu lugar, surgiu a verdade real, em que os fatos e as provas devem desconstituir a presunção de inocência do servidor.

Nesse contexto, será possível ao servidor exercer amplamente sua defesa, sem muitas vezes conhecer os termos e as definições pertencentes à área jurídica. Termos esses usados durante a condução dos processos administrativos disciplinares, os quais os servidores desconhecem, por não pertencerem ao seu dia a dia, diferentemente do que acontece com as Comissões Processantes, que, mesmo que seus integrantes não tenham formação jurídica, exercem suas atividades diretamente ligadas a Corregedorias ou áreas afins.

Será que existe mesmo a paridade de armas entre a administração e o acusado, sendo a autoridade julgadora – na maioria das vezes – a responsável pela instauração e pelo julgamento do processo?

Soma-se a essas e outras questões a recente polêmica levantada pelas edições das Súmulas 343 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula Vinculante nº 5 do Superior Tribunal Federal, que, ao invés de pacificar entendimento, reacendeu ainda mais a questão da obrigatoriedade ou não da defesa técnica nos processos administrativos disciplinares.

Ante as indagações propostas, pretende-se com este trabalho, aventar a possibilidade de implementação de melhorias na defesa dos acusados nos pro-

cessos disciplinares, com o fito de coibir abusos ainda existentes na Administração Pública. Para tanto, leve-se em consideração o que restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que a falta de defesa técnica por advogado não ofende a Constituição.

## 1. Estado Democrático de Direito e o Devido Processo Legal

O artigo 1º da Constituição Federal caracteriza o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, sendo, pois, um Estado de justiça, em que as decisões se fundam na vontade do povo, parametrada por uma legitimidade legal. Assim, o Estado Democrático de Direito torna-se instrumento imprescindível para se alcançar o bem comum, impondo a observância de direitos e garantias individuais.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio do Devido Processo Legal no seu artigo 5º, inciso LIV, afirmando que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o Devido Processo Legal. Optou assim por adotar um modelo de Estado Democrático, cujas diretrizes estão assentadas na vinculação do Estado aos valores e princípios acolhidos pelo ordenamento jurídico e pelos direitos e garantias fundamentais.

A despeito de o inciso LIV ser amplo, sem indicação da área de atuação, reconhece-se sua acolhida no âmbito administrativo. Esse princípio, originado da cláusula do *due process of law*, do Direito anglo-americano, juntamente com o dispositivo do inciso LV, que dis-

põe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e os acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes”, desmistifica a ideia de que o processo é função precípua do judiciário. Hoje é imanente tanto ao Poder Legislativo como ao Poder Executivo.

Segundo Odete Medauar<sup>1</sup>, com relação ao exposto no inciso LV, trata-se de uma garantia, pois se destina a tutelar direitos, representando meios para que sejam preservados, reconhecidos ou cumpridos direitos dos indivíduos na atuação administrativa, na medida em que a Constituição instituiu um Estado Democrático de Direito e estendeu esse princípio aos processos administrativos. É, portanto, garantia do cidadão, do administrado e do servidor nas suas relações com a Administração Pública. Ainda nesse mesmo sentido, Odete afirma que, da fórmula Estado de Direito, decorrem vários postulados, cada qual representando uma das suas faces, cada face obtendo ressonância no processo administrativo, submetendo à atuação administrativa as normas da lei e conferindo aos administrados posições jurídicas que devem ser respeitadas na relação processual.

Portanto, conforme dito alhures, não há dúvida quanto à importância do Devido Processo Legal como um dos aspectos do Estado Democrático de Direito, o qual encontra campo propício de realização também nos procedimentos disciplinares.

1 MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2ª ed. 2008, p. 81-82.

**É indiscutível, no ordenamento brasileiro, que, em qualquer tipo de processo, o acusado tem o direito de se defender com todos os meios admissíveis.**

Assim, claro está que o Devido Processo Legal está inserido em todos os casos controversos, não se restringindo apenas às situações de possibilidade de privação de liberdade e de bens, mas abrangendo também as hipóteses de controvérsia ou conflito de interesses e da presença de acusados.

E é no campo administrativo disciplinar que se quer discutir a aplicação do Devido Processo Legal, com seus consectários ampla defesa e contraditório, centralizando-o na polêmica produzida pela edição das Súmulas 343 e 05, editadas, respectivamente, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, as quais discutem a obrigatoriedade da assistência técnica feita por advogados em processos administrativos disciplinares.

É indiscutível, no ordenamento brasileiro, que, em qualquer tipo de processo, o acusado tem o direito de se defender com todos os meios admissíveis. Outrossim, não poderia ser diferente a letra da Lei 8.112/90, que apresenta as normas a serem seguidas na instauração dos procedimentos disciplinares na Administração Pública. Nela está previsto expressamente o Devido Processo Legal, que deve ser seguido para o julgamento de servidores públicos fede-

rais. Contudo, resta saber se esse “Devido Processo Legal” previsto na Lei 8.112/90 se coaduna com o princípio insculpido na Carta Magna brasileira e se realmente possibilita aos servidores exercer plenamente sua defesa.

## **2. O processo administrativo disciplinar na Lei 8.112/90 e na Lei 4.878/65**

A Lei Federal nº 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público Federal), publicada originalmente no DOU de 12/12/90, e republicada, com redação consolidada, no DOU de 18/03/98, dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. O referido Estatuto apresenta, no Título V, as normas utilizadas no processo administrativo disciplinar, disponibilizando três modalidades de processos, a saber, Sindicância Apuratória Disciplinar, Processo Administrativo Disciplinar com Rito Sumário, Processo Administrativo Disciplinar Ordinário (PAD).

Apesar da previsão legal da sindicância, a lei a institui, contudo sem determinar um rito a ser seguido. Tão somente delimitou algumas diferenças em relação ao processo administrativo disciplinar ordinário, dentre elas, o prazo de conclusão diferente – na sindicância o prazo é de 30 (trinta) dias, a partir da instauração, prorrogáveis por igual período, para aplicação das penalidades consideradas menos graves, enquanto no processo administrativo disciplinar ordinário, tem-se até 60 (sessenta) dias, também a partir da instauração, prorrogáveis por igual período, para aplicação de qualquer penalidade.

Tendo em vista a ausência de previsão legal e diante da necessidade de se estabelecer um rito para Sindicância Apuratória Disciplinar, a administração pacificou entendimento de que o mais coerente seria estender para a sindicância o mesmo rito previsto para o processo administrativo disciplinar ordinário. Esse é o entendimento adotado pela Controladoria-Geral da União (CGU), o qual está esposado no Manual de Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar utilizado pela instituição.

Disciplinado pelo artigo 133 da Lei 8.112/90, o processo administrativo disciplinar com rito sumário visa apurar a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, detectada a qualquer tempo pela administração, assim como o abandono de cargo e a inassiduidade habitual.

Para o Rito Sumário, o prazo de conclusão do processo não excederá 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por mais 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação do ato que constitui a comissão.

Tecidas as considerações acima, acerca da sindicância e do processo administrativo disciplinar em rito sumário, chega-se, finalmente, ao processo administrativo disciplinar ordinário, conhecido na Administração Pública como PAD.

O processo administrativo disciplinar ordinário é o instrumento mais usado pela Administração Pública para apurar as responsabilidades funcionais dos servidores públicos, uma vez que não existe restrição quanto ao seu uso, podendo ser instaurado para apurar

irregularidades que comportam penalidades desde as mais brandas – advertência ou suspensão – até as mais graves – como a demissão ou cassação de aposentadoria.

O processo é conduzido por uma comissão processante formada por 3 (três) servidores estáveis – que não necessitam de formação na área jurídica –, designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do artigo 143, que indicará o presidente, o qual deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao indiciado.

A comissão tem um prazo de 60 (sessenta) dias, contados da publicação do ato que a constituir, para conclusão do processo, admitida sua prorrogação por igual período. Se, após esse prazo (incluindo a prorrogação), o processo ainda não estiver concluído para julgamento, a autoridade instauradora publicará uma nova portaria, reinstaurando o processo e designando uma nova comissão para ultimar os trabalhos. Essa nova comissão pode ser formada pelos mesmos membros da comissão anterior, porém nada impede que a autoridade instauradora altere, parcial ou totalmente, os membros da comissão, desde que motivadamente.

Sinteticamente é esse o rito usado pela Administração Pública Federal para apurar irregularidades funcionais praticadas por seus servidores. Entretanto, para fins deste trabalho, será apresentado a seguir o processo administrativo disciplinar utilizado pelo Departamento de Polícia Federal (DPF), disciplinado pela Lei 4.878/65, pelo Decreto nº

59.310/66 e pela Instrução Normativa 04-DG/91.

Antes da edição da Lei 8.112/90, os policiais civis da União e do Distrito Federal já possuíam legislação específica para regulação do seu regime jurídico. Trata-se da Lei 4.878/65, que, em seu Capítulo XI, apresenta as normas utilizáveis na instauração de processo administrativo disciplinar.

O artigo 52 da referida lei afirma que a autoridade que tiver ciência de qualquer irregularidade ou transgressão a preceitos disciplinares é obrigada a providenciar a imediata apuração em processo administrativo disciplinar, no qual será assegurada ampla defesa. Importante destacar que, para promover essa apuração, o artigo 53, em seu § 1º, afirma o seguinte:

“§ 1º promoverá o processo disciplinar uma comissão permanente de Disciplinar, composta de três membros de preferência bacharéis em Direito (...)” (grifo nosso).

Nesse sentido, a Instrução Normativa 04-DG/91 – que atualiza as normas internas sobre a feitura de processo administrativo disciplinar e sindicância, estabelece a dosimetria para aplicação da pena de suspensão e dá outras providências –, além de destacar, em seu inciso II, que a comissão será presidida por servidor estável, hierarquicamente igual ou superior ao acusado e bacharel em Ciências Jurídicas, ainda determina que, após a instalação e o início dos trabalhos, a comissão só prosseguirá nas diligências após notificar o acusado ou quando se esgotarem os meios para fazê-lo, inclusive por edital, quando, en-

tão, a autoridade que determinou a instauração do processo lhe designará defensor dativo bacharel em Direito.

Outro fato que chama atenção na Instrução Normativa diz respeito à oitiva de testemunha. O inciso 13 destaca que as testemunhas serão intimadas a depor mediante mandado expedido pelo presidente da comissão, devendo a segunda via, como ciente do acusado, ser anexada aos autos. Porém, na ausência do acusado ou de seu defensor constituído, será nomeado defensor dativo para o ato, ou seja, para acompanhar a oitiva das testemunhas.

Comparando-se as duas legislações, é fácil tecer algumas considerações interessantes:

a) A Lei 8.112/90 não exige a nomeação de defensor dativo, nem há previsão de defensor ad hoc durante o processo, mesmo que ausente a defesa própria ou por procurador. A lei só exige a nomeação de defensor dativo quando o acusado, ao final do processo, indiciado e citado para apresentar a defesa escrita, não o faz. Portanto, não existe revelia enquanto não se chega à fase final do processo. A Instrução Normativa 04-DG/91 determina a nomeação de defensor dativo – bacharel em Direito – pela autoridade instauradora, quando a comissão tiver tentado notificar o acusado, inclusive por edital, mas sem sucesso. Ou seja, o defensor dativo é nomeado ainda na fase de instrução, quando do início das diligências, não apenas no final do processo, quando da apresentação da defesa escrita;

b) Na Instrução Normativa ainda se destaca a presença do defensor ad

hoc, nomeado para oitiva de testemunhas, quando da ausência do acusado e do seu procurador constituído, sendo que a previsão de defensor ad hoc, sequer é mencionada na lei 8.112/90.

Comparando-se as legislações, percebe-se que a lei 4.878/65 – em conjunto com a Instrução Normativa 04-DG/91 – não desassocia a ampla defesa da necessidade da presença de advogado, ao passo que a Lei 8.112/90 descarta prontamente essa necessidade. Será que a tentativa de fazer uma legislação mais célere e eficaz para apuração de ilícitos disciplinares na Administração Pública terminou por podar direitos fundamentais dos acusados, como o exercício da ampla defesa? Ou a Lei 8.112/90 apenas flexibilizou esse instituto, não exigindo formação jurídica, nem mesmo preferencialmente, tanto para os membros da comissão processante como para os defensores constituídos?

### **3. O instituto da ampla defesa e do contraditório nos processos administrativos disciplinares**

Historicamente a ampla defesa e o contraditório estão associados à incidência no processo penal, pelo caráter do bem a ser afetado por uma condenação. Todavia, firmou-se, na doutrina e na jurisprudência, entendimento favorável à extensão da ampla defesa ao âmbito do processo civil, com fundamento, em especial, na proteção judiciária dos direitos e no caráter não exaustivo dos direitos e garantias expressos na Constituição<sup>2</sup>.

2 MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo, 2ª ed., 2008, p. 119.



No tocante aos processos administrativos disciplinares, Odete Medauar menciona que mais fácil que a acolhida da ampla defesa no processo civil foi a aceitação no âmbito disciplinar, pois nele se apreende, de modo claro, a situação de alguém acusado de uma determinada conduta e passível de sofrer uma sanção. Coadunando essa afirmação, a renomada autora destaca que é fácil encontrar, na jurisprudência anterior à Constituição Federal de 1988, importantes súmulas do Judiciário brasileiro em favor do contraditório e da ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar. E no caso específico de processo disciplinar que pudesse resultar em demissão, o Judiciário adotava firme orientação de que fossem respeitadas as garantias de contraditório e ampla defesa, aí incluída a presença de advogado.

STF Súmula nº 20 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 39.*

### **Processo Administrativo - Ampla Defesa - Demissão de Funcionário Admitido por Concurso.**

É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.

STF Súmula nº 21 - 13/12/1963 - *Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 39.*

### **Funcionário em Estágio Probatório - Exoneração ou Demissão - Inquérito ou Formalidades Legais de Apuração de Capacidade.**

Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade.

Ou seja, o Judiciário brasileiro deixou de acatar, antes mesmo da Constituição de 1988, demissões ou exonerações sumárias impostas a servidores, determinando a instauração de processo administrativo – na súmula 21, com o nome de inquérito –, ou o cumprimento das formalidades de apuração, conforme o caso<sup>3</sup>.

A publicação da Lei 8.112/90 seguiu essa mesma vertente, regulando o exercício da ampla defesa nos artigos (143, 153, 156, 161, §1º e 164, § 2º). Contudo, conforme dito antes, a referida lei deixou de incluir, no núcleo da ampla defesa, a necessidade de auxílio técnico-jurídico.

Vinicius de Carvalho Madeira, em seu livro “Lições de Processo Administrativo Disciplinar”, adotou o seguinte conceito para definir o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos disciplinares:

“O Contraditório e a Ampla defesa expressam a necessidade de que seja dada ao acusado/indiciado, durante todo processo, a efetiva participação na construção das conclusões finais do processo administrativo disciplinar, possibilitando a ele a utilização de todos os meios de defesa admitidos pelo ordenamento jurídico.”<sup>4</sup>

3 MEDAUAR, Odete. Op. cit. p. 212.

4 MADEIRA, Vinicius de Carvalho. Lições de Processo Administrativo Disciplinar. Brasília: Fortium 1ª ed., 2008, p. 55.

No entanto, é na fase do Inquérito Administrativo que se faz presente o exercício do contraditório e da ampla defesa nos processos disciplinares. Após instalação da comissão processante, por intermédio da notificação prévia, a comissão informará ao servidor que contra ele está correndo um processo disciplinar, especificará os fatos e o local onde se encontra instalada a comissão, informando ainda que ele tem direito de ter vista do processo na repartição no horário estipulado.

A partir de então, toda vez que a Comissão efetuar diligência, solicitar perícias ou determinar a oitiva de testemunhas, intimará o acusado para participar desses atos, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Assim, durante a oitiva das testemunhas, é permitido ao servidor acusado formular perguntas, por intermédio do

***O Contraditório e a Ampla defesa expressam a necessidade de que seja dada ao acusado/indiciado, durante todo processo, a efetiva participação na construção das conclusões finais do processo administrativo disciplinar, possibilitando a ele a utilização de todos os meios de defesa admitidos pelo ordenamento jurídico.***

presidente da comissão, ou ainda solicitar diligências que julgue necessárias para esclarecimentos dos fatos. Contudo, pode a Comissão Processante negar o pedido de diligência que considerar impertinente ou protelatório, desde que motivadamente.

Parece não restar dúvidas quanto ao exercício do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares. Porém, o que interessa é realmente saber se o acusado tem como exercitar amplamente esses direitos, sem o auxílio de um defensor técnico – Advogado inscrito na OAB –, ou se o seu exercício pelo próprio arguido ou por alguém que não tenha formação jurídica já é mais que suficiente para garantir um processo justo, com igualdade entre a administração e o servidor.

#### **4. A defesa técnica como elemento fundamental na ampla defesa**

Apesar de assegurados o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos disciplinares, e exercitados conforme visto anteriormente, inúmeras justificativas surgem, no ordenamento jurídico brasileiro, quanto à necessidade de defesa técnica para auxiliar os acusados em processos administrativos disciplinares. E é esse elemento da ampla defesa que atualmente, na seara administrativa, vem causando muita controvérsia. Como deve ser encarada a defesa técnica nos processos administrativos disciplinares? Como parte integrante do núcleo da ampla defesa assegurada pela Constituição, sendo,

portanto uma exigência, ou apenas como mera possibilidade?

Ada Pellegrini Grinover afirma que a defesa técnica e a autodefesa figuram na doutrina processualista como duas vertentes da ampla defesa, quanto à pessoa que realiza as atuações dela oriundas, sendo que a autodefesa é a possibilidade conferida ao sujeito de, pessoalmente, realizar as condutas e providências para se preservar de prejuízos a seus interesses e direitos ou de sanções.

Nesse sentido, a autodefesa se desdobra em dois elementos: direito de presença e direito de audiência. O direito de presença traduz-se na faculdade conferida ao sujeito de assistir pessoalmente à realização das provas e de contraditá-las, também pessoalmente, sem intermediação de representante legal; abrange inclusive o direito de inquirir ou fazer inquirir testemunhas. O direito de audiência, em sentido literal ou estrito, consiste no direito de falar oralmente, para relatar fatos, de viva voz, ou dar explicações sobre dados que são expostos. Em acepção ampla inclui, também, o direito de apresentar argumentos e alegações a seu favor por si próprio<sup>5</sup>.

Por sua vez, a defesa técnica é a defesa realizada por advogado, o qual detém conhecimentos jurídicos necessários à defesa do interessado.

Corroborando essas afirmações, Romeu Bacellar Filho assim se posiciona acerca da necessidade da defesa técnica:

5 GRINOVER, Ada Pellegrini apud MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo, *ibidem* p.125-126.

“O princípio da ampla defesa, aplicado ao processo administrativo disciplinar, é compreendido de forma conjugada com o princípio do contraditório, desdobrando-se nas seguintes fases: a) no estabelecimento da oportunidade da defesa, que deve ser prévia a toda decisão capaz de influir no convencimento do julgador; b) na exigência de defesa técnica; c) no direito à instrução probatória que, se de um lado impõe à Administração a obrigatoriedade de provar suas alegações, de outro, assegura ao servidor a possibilidade de produção probatória compatível; d) na previsão de recursos administrativos, garantindo o duplo grau de exame no processo.”<sup>6</sup>

Para ele, a defesa técnica representaria o equilíbrio entre os sujeitos nos processos disciplinares, pois o conhecimento especializado do advogado auxiliaria a tomada de decisão calcada na legalidade e na justiça, evitando que os acusados se deixem dominar por emoções de momento. Interessante notar que essa discussão há muito permeia a seara administrativa. Em 1994, Aílton Garcia Stropa já defendia a obrigatoriedade de defesa técnica em processos administrativos disciplinares que resultassem em penalidades graves:

“(…) é recomendável que nos processos disciplinares de servidores, que possam resultar em penas graves, a defesa técnica deve ser considerada uma exigência obrigatória. Assim, mesmo que o servidor esteja desacompanhado de advogado ou não compareça para se defender (revelia), cabe a Administração

6 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 347.

Pública a indicação de defensor dativo. A não nomeação do advogado dativo acarreta o cerceamento de defesa, devendo os atos praticados serem considerados nulos.”<sup>7</sup>

Não fugindo a essa discussão, ao contrário, inflamando-a ainda mais, as recentes súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, 343 e 05, respectivamente, discutiram a necessidade ou desnecessidade de advogados em processos disciplinares. Afinal, elas são excludentes ou complementares?

## 5. A súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça x súmula vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) há algum tempo vem delineando uma postura mais favorável quanto aos direitos do cidadão, não agindo de forma diferente com relação à extensão da defesa técnica aos processos administrativos disciplinares. Portanto, não foi nenhuma surpresa a edição da Súmula nº 343, publicada no Diário da Justiça em 14/09/2007, a qual afirmava ser obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo disciplinar, uma vez que tal entendimento já era pacífico na Terceira Seção do Tribunal.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em observância ao princípio da ampla defesa, é indispensável à presença de advogado ou de defensor

dativo realizando a defesa de acusado em processo administrativo disciplinar, inclusive na fase instrutória<sup>8</sup>. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Mandado de Segurança nº 10.837/DF, em 28/06/2006, relatora para o acórdão a Ministra Laurita Vaz, ratificou o entendimento de que, não obstante a falta de expressa determinação no texto da Lei nº 8.112/90, é indispensável à presença de advogado ou de defensor dativo na fase instrutória do processo administrativo disciplinar<sup>9</sup>.

O que de fato exaltou e acendeu a polêmica no meio jurídico foi a edição, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da Súmula Vinculante nº 5, a qual afirma que a falta de defesa técnica por advogado não ofende a Constituição – ou seja, menos de um ano após a publicação da Súmula 343, pelo Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal editou outra com entendimento totalmente oposto.

Para alguns, a edição da Súmula nº 5 não está em sentido totalmente oposto, apenas delimita a aplicação do entendimento da Súmula 343, não onerando a Administração Pública na constituição de defensor dativo ao servidor acusado que não constituir advogado; outros afirmam, categoricamente, que a edição da Súmula nº 5 aniquilou por completo a Súmula 343.

De acordo com a Emenda Constitucional 45, a criação de Súmula Vinculante tem intuito de pacificar entendimento sobre determinada ques-

7 GARCIA, Aílton Stropa. Princípio Constitucional da ampla defesa e meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inc. LV, da CF). In: Revista dos tribunais, vol. 701, maio 1994.

8 STJ, Terceira Seção, MS 12.262/DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 06/08/2007.

9 STJ, Terceira Seção, MS 10.160/DF, Relator Ministro de Paulo Galotti, DJ de 11/12/2006.

tão, embasado em reiteradas decisões no mesmo sentido, sendo que, para sua criação, necessário se faz a presença de alguns requisitos: a) tratar de matéria constitucional; b) haver reiteradas decisões sobre o tema; c) ser aprovada por dois terços do Pleno do STF (8 votos favoráveis). No caso da Súmula Vinculante nº 5, foram citados pela Corte os seguintes precedentes: AI nº. 207.197 (processo administrativo fiscal); RE nº. 244.027 (processo administrativo disciplinar); MS nº. 24.961 (processo administrativo não disciplinar ocorrido na prestação de contas junto ao Tribunal de Contas da União); além do RE nº. 434.059 (também referente a processo administrativo disciplinar, o qual deu origem a Súmula nº 5).

Nota-se que apenas um dos precedentes, antes do RE nº 434.059, se refere a processo administrativo disciplinar, fato suficiente para desencadear as mais variadas reclamações, por não haver reiteradas decisões para embasar a edição de súmula vinculante sobre a defesa técnica em processos administrativos disciplinares. Ou seja, a dessemelhança existente entre os Tribunais Superiores do país acirrou ainda mais as discussões acerca da obrigatoriedade de defesa técnica nos processos disciplinares, especialmente quando se observam os requisitos essenciais para publicação de uma súmula vinculante.

Muitos são os argumentos prós e contra a obrigatoriedade de defesa técnica em processos administrativos disciplinares. Alguns lamentam a derrocada da Súmula 343; outros comemoram a decisão “acertada” do Supremo Tribunal Federal, ao corrigir o que seria o caos na Administração Pública, com anulações

de processos e reintegrações ao cargo de servidores demitidos ao longo dos anos. Mas o que realmente quer se discutir neste trabalho é até que ponto a falta de defesa técnica prejudica o acusado no desenrolar dos processos administrativos disciplinares.

Antes, porém, é necessário situar o leitor sobre o atual sistema de correição adotado pelo Poder Executivo Federal a partir de maio de 2003.

## 6. O sistema de correição do Poder Executivo Federal

O ato embrionário que deu origem à Controladoria-Geral da União (CGU) foi a Medida Provisória nº 2.143, de 02 de abril de 2001, que criou a Corregedoria-Geral da União, com o objetivo de combater, no âmbito do Poder Executivo Federal, a fraude e a corrupção e promover a defesa do patrimônio público.

Em 28 de março de 2002, o Decreto 4.777 integrou a Secretaria Federal de Controle (SFC) e a Comissão de Coordenação de Controle Interno (CCCI) à estrutura da Corregedoria-Geral; e também transferiu as competências de Ouvidoria-Geral, que até então estava vinculada ao Ministério da Justiça.

A Medida Provisória nº 103, de 1º de janeiro de 2003, convertida na Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, alterou a denominação para **Controladoria-Geral da União (CGU)**, conferindo maior organicidade e eficácia ao trabalho realizado pela instituição.

A criação da Controladoria-Geral da União (CGU) como órgão central do

Sistema de Correição do Poder Executivo Federal veio completar uma lacuna que até então estava vazia; efetivou-se, dessa forma, o agrupamento das principais funções administrativas de controle, correição, prevenção e ouvidoria, consolidando-as em uma única esfera funcional.

Dessa feita, percebe-se que, anteriormente à edição da Lei 10.683, de 28 de maio de 2003 – que modificou a organização da Presidência da República e dos Ministérios –, o Poder Executivo Federal não dispunha de um órgão central de correição que inspecionasse ou emanasse normas centrais para normatização de procedimentos disciplinares dentro da Administração Pública Federal.

Antes da criação da Controladoria-Geral, as instituições pertencentes ao Poder Executivo Federal, tais como universidades, autarquias, fundações, ministérios – salvo algumas exceções, como o Departamento de Polícia Federal e Receita Federal, que já dispunham de Corregedoria própria –, apuravam as eventuais irregularidades disciplinares cometidas por seus servidores, como aliás é feito até hoje, por uma comissão nomeada pela autoridade máxima do órgão.

A diferença é que, após a criação do Sistema Central de Correição, esses processos são submetidos a uma análise técnica realizada pela Corregedoria-Geral que observa a regularidade do feito quanto à condução, à colheita de provas, ao enquadramento legal, à observância do contraditório e da ampla defesa, dentre outros; e, caso fique constatado qualquer tipo de irregulari-

dade, determina-se o saneamento do processo, se possível; caso contrário, com o poder-dever que é conferido à Administração Pública para anular atos eivados de vícios insanáveis, solicita-se à autoridade responsável pelo julgamento a anulação do processo, quando este já estiver concluso, ou, se ainda em curso, o próprio Ministro da Controladoria pode determinar sua anulação.

## Conclusão

---

De tudo que se tem visto e ouvido acerca da defesa técnica em processos administrativos disciplinares, tanto os argumentos prós quanto os contra, uma coisa restou decida até o momento: a inserção de súmulas vinculantes no ordenamento jurídico tornou obrigatória a observância dos entendimentos sumulares nos Tribunais Superiores e na Administração Pública, até porque do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou indevidamente a aplicar caberá reclamação ao STF, que, julgando procedente a reclamação, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial.

Diante disso e não tendo como prever se a Súmula Vinculante nº 5 será alterada ou até mesmo cancelada – hipóteses previstas no já citado artigo 103 § 2º –, resta aos aplicadores do direito começarem a rever o papel do processo administrativo disciplinar no ordenamento jurídico, não esquecendo seu aspecto mais importante, qual seja, o direito de defesa, em que a presença do advogado não só ajudaria o servidor acusado, mas também a própria administração, que estaria assim se preser-

vando de futuras ações judiciais e, claro, exerceria também o seu papel perante os administrados, sendo a mais imparcial e justa quanto possível.

Não se trata de agraciar os servidores públicos com mais um benefício, nem deixar de apurar atos de corrupção, que causam um imenso dano à sociedade, mas sim de dotar a Administração Pública de um processo justo e equitativo, uma vez que as penalidades aplicadas podem até impedir o servidor de retornar ao serviço público federal, uma pena considerada por alguns como inconstitucional, pois apresenta caráter perpétuo.

E como avançar nessa aplicação sem suprimir direitos nem extrapolar os limites da razoabilidade?

Ao se pensar, é importante focar a opinião do professor Romeu Bacellar, o qual sugere, dentre outras alternativas, a apresentação de argumentos finais pelo acusado ou por seu procurador constituído após a conclusão do relatório final pela comissão processante. Dessa forma, a autoridade julgadora teria também as alegações finais do indiciado para sopesar sua decisão final, permitindo assim uma defesa se não mais justa, pelo menos mais equilibrada, pois o processo administrativo disciplinar aberto, visível e participativo é instrumento seguro de prevenção à arbitrariedade<sup>10</sup>.

10 DALLARI, Adílson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

## Referências Bibliográficas

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 347.

MADEIRA, Vinícius de Carvalho. *Lições de Processo Administrativo Disciplinar* – Brasília: Fortium 1ª ed., 2008, p.55.

GARCIA, Aílton Stropa. Princípio Constitucional da ampla defesa e meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inc. LV, da CF). *Revista dos Tribunais*, vol. 701. Março/94.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 10ª Ed. rev. atual, e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DALLARI, Adílson de Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

MENDES, Gilmar Ferreira – *Curso de Direito Constitucional/Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. – São Paulo: Saraiva 2007.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed. 2008.

FIGUEIREDO, Fernanda. Súmula Vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal versus Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça: contraditórias ou complementares? In: *Repertório IOB de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, n. 18, p. 745, 2, quinz. set., 2008.

FIGUEIREDO, Nelson Lopes de. A Eficácia da ampla defesa no processo administrativo disciplinar. In: *Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 573-592.



# O monitoramento das reintegrações judiciais de servidores públicos como forma de verificar a efetividade do exercício da função disciplinar da Administração Pública Federal

*Marta Maria Vilela de Carvalho Gomes*, Analista de Finanças e Controle da CGU. Pós-graduada em Direito Administrativo Disciplinar na Administração Pública (Unb).

## 1. O contexto de discussão

O primeiro paradigma que se identifica na experiência moderna é o do Estado Liberal. Nele, o Estado assume função regulatória mínima, reservando ao mercado a tarefa de promover a distribuição equânime de oportunidades e benefícios. É nesse panorama que se pode perceber uma nítida assimetria na relação público-privado. O domínio do privado é superdimensionado. A forma jurídica predominante era o contrato. Como uma decorrência natural da luta contra o absolutismo, o público, inteiramente associado ao Estado, é visto com desconfiança. Daí a ideia das liberdades “negativas”, garantidas por

um governo, o que permite uma apropriação do público por uma determinada parte da sociedade. É nessa quadra histórica que se inicia o interesse de delimitar a divisão entre o direito público e o direito privado.

A reação do Estado às revoltas e aos conflitos sociais deu-se mediante uma mudança de paradigma: o surgimento do Estado Social. Passam a integrar o rol das constituições escritas, além do núcleo essencial das cartas liberais, novos direitos e novas formas de seu exercício. Contudo, também haverá, no paradigma do Estado Social, a hipertrofia do público, que passa a ser identificado com o interesse exclusivo do Estado.

Com o advento da crise do Estado Social, viabiliza-se a construção de um novo paradigma: o Estado Democrático de Direito. Tal paradigma decorre da emergência de novas manifestações de direitos que vão desde manifestações ligadas à tutela do meio ambiente até reivindicações de setores antes ausentes do processo de debate interno, passando ainda pela crescente preocupação com lesões a direitos difusos.

A relação público-privado passa por transformações no Estado Liberal e no Estado Social, muito embora o conceito básico fosse o mesmo, visto que, em um e em outro, mudava-se simplesmente a seta valorativa. No primeiro, o privado é excelente, e o público é péssimo. No segundo, o público é excelente, e o privado é péssimo. De toda sorte, no entanto, o privado é e continua a ser, em ambos, o reino do egoísmo encarnado no indivíduo, e o público, o do interesse geral sempre consubstanciado no Estado.

Constata-se, pois, que as esferas do público e privado, antes tratadas como opostas, passam a ser vistas como complementares, equiprimordiais, no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Observa-se que, nas últimas décadas, com a consolidação dos regimes democráticos e a popularização dos meios de acesso à informação, houve um aumento do acompanhamento e da participação da população nas decisões político-administrativas dos Estados. Os governos, então, na condição de representações político-partidárias que momentaneamente comandam a máquina estatal, passaram a buscar a legitimação

de suas ações frente aos cidadãos, já que sua aprovação, por meio do voto, mostrou-se determinante para sua permanência no poder.

Dessa forma, para os governos atuais, o combate a fatores que possam prejudicar a avaliação do Estado, por comprometerem a prestação dos serviços públicos e, conseqüentemente, por mancharem a imagem da Administração, transformou-se em atividade estratégica. Um dos fatores mais sensíveis à avaliação do Estado e, portanto, estratégico, é a ocorrência de irregularidades praticadas pelos servidores da Administração contra a própria Administração.

Atentos, os últimos governos do Brasil vêm realizando ações de responsabilização administrativa, decorrentes do exercício da própria função disciplinar da Administração, como forma de prevenir e combater a ocorrência de ilícitos praticados por seus próprios servidores no exercício de seus cargos e funções públicas, ou seja, ilícitos administrativos.

Alega-se que a questão *sine qua non* para que a responsabilização administrativa realmente previna e combata a ocorrência de ilícitos administrativos seria a de que, caso confirmadas por meio de procedimento disciplinar, a ocorrência do ilícito apurado e a responsabilidade dos servidores envolvidos devem ter como consequência imediata a aplicação da devida punição disciplinar.

A hipótese da realização de procedimentos disciplinares, constatadas a culpa ou o dolo dos servidores envolvidos no ilícito, sem a aplicação das devidas

punições, pode anular a característica de combate, ou melhor, repressiva da própria responsabilização administrativa, o que, por sua vez, pode gerar a “sensação de impunidade”, colocando a perder também sua característica preventiva, o que pode propiciar a ocorrência de novos ilícitos.

Outra hipótese de comprometimento negativo dos objetivos da responsabilização administrativa e da própria função disciplinar da Administração relaciona-se ao fato de que a Administração Pública realiza o procedimento disciplinar e aplica uma punição que é posteriormente anulada por decisão do Poder Judiciário. Alega-se que a referida situação parece ser danosa à imagem da Administração, pois:

a) pode colocar em dúvida a capacidade da Administração de controlar seus próprios servidores e de realizar a apuração de ilícitos administrativos, gerando a sensação de impunidade;

b) no caso de servidores punidos com demissão e posteriormente reintegrados por decisão do Judiciário, ocorrer gastos extras, visto que, além da promoção do procedimento disciplinar em si já representar custos, o servidor cuja demissão foi anulada tem o direito de receber, sem ter trabalhado, a renda do período em que se encontrou afastado do serviço;

c) ainda no caso de servidores reintegrados pelo Poder Judiciário, pode-se ter o retorno de um indivíduo que realmente tenha praticado uma irregularidade grave, já que as anulações de demissões podem ser motivadas não só pela inexistência de ilícito ou pela negativa de autoria, mas também por erros

na promoção dos procedimentos disciplinares.

## 2. A relevância da discussão

Como a responsabilização administrativa é essencial para o combate à ocorrência de ilícitos administrativos, que comprometem a capacidade de prestação de serviços públicos e a imagem do Estado, destacam-se os seguintes aspectos que se buscam evidenciar neste trabalho:

a) o mapeamento de reintegrações, para se verificar se existe a necessidade de fortalecer os instrumentos de apoio e orientação, intensificar o programa de capacitação dos servidores responsáveis pelos procedimentos disciplinares ou incrementar o acompanhamento dos procedimentos disciplinares por parte da Controladoria-Geral da União;

b) o levantamento dos motivos das reintegrações, para se verificar quais são os principais erros cometidos pelas autoridades instauradoras, pelas comissões processantes ou pelas autoridades julgadoras, buscando a proposição de melhorias no conteúdo das capacitações oferecidas pela CGU aos atores de procedimentos disciplinares;

c) o levantamento geográfico dos principais responsáveis pelos erros apontados nas reintegrações, visando estabelecer um mapa dos órgãos, das entidades e das regiões que possam estar necessitando de maior orientação, acompanhamento e apoio por parte da CGU, bem como verificação da necessidade de realização de mais cursos de capacitação em processo administrativo disciplinar. Isso porque, para o presente trabalho, entende-se que, se não forem

oferecidos meios materiais e, sobretudo, treinados os membros da comissão, as sindicâncias e os processos disciplinares serão meros instrumentos para satisfazer formalidades.

O que se busca investigar, em síntese, é se o exercício da função disciplinar da Administração Pública Federal está sendo realizado de modo eficiente. Ou seja, o procedimento disciplinar foi conduzido de forma regular, alcançou seus objetivos e, principalmente, refletiu na conduta dos demais servidores públicos, prevenindo a ocorrência de ilícitos administrativos e melhorando a confiança da sociedade frente ao funcionamento da Administração?

O que se propõe à investigação é a verificação da pertinência da implantação de uma política de monitoramento, pela CGU, das decisões judiciais que culminaram na anulação das demissões de servidores públicos estatutários federais, como forma de aferir a qualidade das ações relativas à responsabilização administrativa e de embasar possíveis propostas de melhoria.

Assim, sugere-se o levantamento das reintegrações de servidores públicos estatutários do Poder Executivo Federal, publicadas no Diário Oficial da União, para verificação de sua evolução no tempo, ou seja, se houve um incremento ou uma redução no número de reintegrações promovidas pelo Poder Judiciário; e o agrupamento dos principais motivos das reintegrações, visando mapear os principais erros dos atores dos procedimentos disciplinares.

Explica-se que não é um trabalho estatístico exauriente, mas apenas um olhar indicativo, que pode e deve ser

explorado por uma Administração Gerencial, de forma a dar concretude ao princípio Constitucional da Eficiência (EC nº 19/98).

### **3. Um apanhado ilustrativo das demissões e reintegrações no serviço público federal**

---

Aliado ao estudo dogmático anteriormente transcrito, busca-se abordar um enfoque diferenciado para a verificação da pertinência da implantação de uma política de monitoramento das decisões judiciais que culminaram na anulação das demissões de servidores públicos federais, como forma de aferir a qualidade das ações relativas à responsabilização administrativa e de embasar possíveis propostas de melhoria.

Para realizar tal verificação de forma mais prática, por meio de um “ensaio estatístico-ilustrativo”, decidiu-se, neste trabalho, executar um monitoramento parcial, por meio de pesquisa aplicada a uma amostra do universo de decisões judiciais que culminaram na anulação de demissões aplicadas pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal.

Como todas as decisões do Poder Judiciário Federal – que é, a priori, o poder/esfera com competência jurisdicional para anular os atos administrativos do Poder Executivo Federal – que culminam na anulação de atos de demissão determinam também que as autoridades administrativas reintegrem os servidores afastados e como os atos administrativos de reintegração devem ser necessariamente publicados no DOU, foi realizada uma primeira pesquisa, que teve como fonte de informações o

Diário Oficial da União, selecionando-se os atos de reintegração de servidores públicos estatutários demitidos pelo Poder Executivo Federal.

Uma observação preliminar da relação de reintegrações publicadas no DOU pode indicar que as portarias não mencionam os motivos que levaram o Poder Judiciário Federal a anular as demissões. Tal hipótese demonstra que era também necessário realizar uma segunda pesquisa sobre as decisões do STJ que culminaram na reintegração de servidores públicos estatutários do Poder Executivo Federal.

### **3.1. Universo de pesquisa adotado**

Para realização deste trabalho, foram obtidas cópias eletrônicas do DOU, Seção 2, do período entre 02/01/2004 e 30/08/2008. Assim, a amostra da pesquisa ficou limitada às reintegrações publicadas no período mencionado.

Como nem todos os órgãos do Poder Judiciário Federal contam com portais que publiquem suas decisões na internet e considerando que, para a realização deste trabalho, não se dispõe de recursos para realizar uma pesquisa in loco em todos os Tribunais e Varas do Brasil, para leitura dos autos dos processos de reintegração, decidiu-se limitar a amostra ao conjunto de reintegrações determinadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), considerados os seguintes argumentos:

a) quanto à viabilidade, o STJ publica suas decisões em seu portal na internet, com mecanismos de busca que permitem localizá-las pelo nome

do servidor reintegrado, informação resultante da primeira pesquisa realizada no DOU;

b) quanto ao critério qualitativo da escolha, destacou-se que as demissões de servidores públicos do Poder Executivo Federal somente podem ser decididas por Ministros de Estado, com exceção ao Ministro de Estado da Educação, e o STJ é o órgão do Poder Judiciário Federal competente pelo processamento e julgamento de mandados de segurança contra atos de Ministro (CF, art. 105, I, "b"), logo, contra atos de demissão;

c) quanto ao critério quantitativo, o STJ representou, no período analisado, 24,39% (quase 1/4) de todas as reintegrações determinadas pelo Poder Judiciário Federal.

### **3.2. Procedimentos realizados para o levantamento de dados sobre o tema**

Para armazenar os dados coletados na primeira pesquisa, no DOU, e na segunda pesquisa, nas decisões do STJ, e dar-lhes tratamento, foi desenvolvida uma base de dados própria. Por serem duas pesquisas, subsequentes, mas com fontes diferentes, o procedimento de coleta e tratamento das informações foi dividido em duas fases.

Primeiramente, foram registradas na base todas as portarias publicadas no DOU, no período mencionado anteriormente, que tratassem da reintegração de servidores públicos estatutários do Poder Executivo Federal. Foram então coletadas as informações das reintegrações judiciais (derivadas de decisão de órgão do Poder Judiciário Federal) e das reintegrações

administrativas (derivadas de decisão de autoridade administrativa). As informações registradas foram as seguintes:

- a) data de publicação da portaria de reintegração;
- b) nome do servidor reintegrado;
- c) órgão ou entidade em que o servidor será reintegrado;
- d) tipo de reintegração, se administrativa ou judicial;
- e) Tribunal ou Vara responsável pela determinação de reintegração (no caso de reintegração judicial);
- f) o número da ação judicial (no caso de reintegração judicial);
- g) tipo de decisão da ação judicial, se liminar ou definitiva (no caso de reintegração judicial).

Posteriormente, foram separados os registros das reintegrações judiciais determinadas pelo STJ. Destaca-se que, em pesquisa inicial, foram localizadas muitas portarias que tratavam da reintegração de servidores anistiados políticos, ou relativas a servidores apenados ainda sob a égide da Lei nº 1.711/52, ou celetistas, não consideradas neste trabalho.

Separadas as informações sobre as decisões de reintegrações judiciais do STJ, foram acessadas as decisões, uma a uma, no portal eletrônico daquele Tribunal Superior, e registradas, na base de dados, com as seguintes informações:

- a) o tipo da decisão, se definitiva ou liminar;
- b) os motivos da reintegração.

## 4. Considerações sobre os dados investigados

Em poder dessas informações, passou-se a cotejá-las com a consideração teórico-doutrinária relacionada ao tema, como se vê a seguir.

### 4.1. Informações obtidas na pesquisa do DOU

Após o lançamento de todas as reintegrações publicadas no DOU relativas às reintegrações de servidores públicos estatutários do Executivo Federal, observou-se que, das 274 reintegrações encontradas, 235, ou seja, 85,77%, são derivadas de anulações decididas pelo Poder Judiciário Federal.

Separadas as reintegrações determinadas por decisões judiciais, levantou-se a porcentagem daquelas decorrentes de decisões do STJ, o qual foi responsável, entre janeiro de 2004 e agosto de 2008, por 23,83% das determinações de reintegração judiciais. Tal constatação embasou o critério quantitativo para a escolha das decisões do STJ como aquelas para a segunda pesquisa.

Interessante frisar-se também que 19 das 235 portarias de reintegrações judiciais publicadas simplesmente não informam qual foi o Tribunal ou a seção judiciária federal que decidiu pela anulação da demissão (8,09%).

Buscando realizar o levantamento das reintegrações judiciais por período, para verificar a evolução da quantidade de reintegrações no transcorrer do tempo, e por pasta ministerial, por órgão/entidade de reintegração e provável unidade responsável pelo insucesso do pro-

cedimento disciplinar, deparou-se com uma questão essencial: não podem ser levadas em consideração as decisões judiciais que não tenham enfrentado o mérito da ação de reintegração de forma definitiva.

As decisões liminares não enfrentam o mérito das ações, podendo ser concedidas simplesmente por haver, no pedido do interessado, o *fumus boni iuris* e indicação do *periculum in mora*, sem que haja uma minuciosa análise dos fundamentos para a demissão. Dessa forma, para os levantamentos sobre a evolução das reintegrações e sobre os órgãos de reintegração, não foram consideradas as portarias que informavam que a decisão era liminar ou que nada informavam sobre o tipo da decisão.

Realizado o levantamento das reintegrações publicadas no DOU derivadas de determinações judiciais, verificou-se

que 120 (ou seja, mais de 50%) não continham a informação do tipo da decisão e que 26 (ou seja, 11,06%) informavam o tipo liminar.

Dessa forma, para as análises sobre evolução das reintegrações e órgãos responsáveis, restaram 89 reintegrações judiciais, cerca de 37,87% de todas as reintegrações coletadas.

Passando para o levantamento das reintegrações judiciais no tempo, conforme demonstrado na **Tabela 1 - Quantidade de reintegrações determinadas pelo Judiciário Federal, selecionadas aquelas decorrentes de decisões definitivas ou transitadas em julgado, por ano**, verificou-se que a quantidade de reintegrações vem se mantendo estável, mantendo-se, entre 2005 e 2008 (este último projeto), praticamente com os mesmos números.

**Tabela 1 - Quantidade de reintegrações determinadas pelo Judiciário Federal, selecionadas aquelas decorrentes de decisões definitivas ou transitadas em julgado, por ano**

| Tipos de decisão judicial | 2004      | 2005      | 2006      | 2007      | 2008      | TOTAL     |
|---------------------------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|
| Definitivas               | 18        | 12        | 11        | 10        | 18*       | 63        |
| Trânsito em julgado       | 6         | 5         | 7         | 8         | 0         | 26        |
| <b>TOTAL</b>              | <b>24</b> | <b>17</b> | <b>18</b> | <b>18</b> | <b>18</b> | <b>89</b> |

\* Nota: para o ano de 2008, considerando que os dados foram levantados até agosto, fez-se a projeção para a proporção para os 12 meses (8 para 12).

Realizado então o levantamento da quantidade de reintegrações por pasta ministerial do órgão/entidade de reintegração, provável responsável pelo insucesso do procedimento disciplinar, conforme consta da Tabela 2 - Quantidade de reintegrações judiciais por pasta ministerial, observou-

se que os órgãos e as entidades ligados ao Ministério da Justiça foram responsáveis, durante o período de janeiro de 2004 a agosto de 2008, por 21 das 89 reintegrações judiciais em caráter definitivo.



**Tabela 2 - Quantidade de reintegrações judiciais por pasta ministerial**

| Pasta | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | TOTAL |        |
|-------|------|------|------|------|------|-------|--------|
| MAPA  |      | 1    |      |      |      | 1     | 1,12%  |
| MC    |      |      | 1    |      |      | 1     | 1,12%  |
| MCT   | 7    |      |      |      |      | 7     | 7,87%  |
| MDA   |      | 2    |      |      |      | 2     | 2,25%  |
| MDIC  | 1    |      |      |      |      | 1     | 1,12%  |
| MEC   | 4    | 4    | 1    | 4    | 1    | 14    | 15,73% |
| MF    | 1    |      | 4    | 3    | 1    | 9     | 10,11% |
| MI    |      |      |      | 1    |      | 1     | 1,12%  |
| MINC  |      |      |      | 3    |      | 3     | 3,37%  |
| MJ    | 2    | 6    | 5    | 4    | 4    | 21    | 23,60% |
| MP    | 2    | 2    |      | 1    |      | 5     | 5,62%  |
| MPS   |      |      | 5    |      | 6    | 11    | 12,36% |
| MRE   |      |      |      | 2    |      | 2     | 2,25%  |
| MS    | 7    | 1    |      |      |      | 8     | 8,99%  |
| TEM   |      | 1    | 2    |      |      | 3     | 3,37%  |
| TOTAL | 24   | 17   | 18   | 18   | 12   | 89    |        |

Passando ao levantamento das reintegrações pelos órgãos/entidades responsáveis, observou-se que os Departamentos da Polícia Rodoviária Federal (MJ/DPRF) e da Polícia Federal (MJ/DPF) apresentam, respectivamente, 11 e 10 das 89 reintegrações judiciais definitivas decididas pelo STJ. Destaca-se também que o Instituto Nacional do Seguro Social (MPS/INSS) apresentou 11 reintegrações, mesmo número do MJ/DPRF.

a) Informações obtidas na pesquisa das decisões do STJ

Das 58 reintegrações publicadas no DOU, decorrentes de anulação de demissão por decisão do STJ, consultadas uma a uma no portal daquele Tribunal Superior na internet, 16 decisões encontram-se em sede liminar, aguardando decisão definitiva do mérito.

As 42 decisões de reintegração restantes tiveram seus motivos agru-

padados, o que possibilitou a geração de uma lista com os motivos mais e menos frequentes para que o STJ tenha anulado demissões entre janeiro de 2004 e agosto de 2008, destacando-se que 4 decisões têm 2 motivos para a reintegração. Conforme consta da Tabela 3 - Motivos das reintegrações judiciais decididas pelo STJ, as principais causas para as reintegrações decididas pelo STJ no período são relativas à "ausência de defensor dativo ou advogado constituído", motivo que embasou mais de 28% das reintegrações decididas pelo STJ, e à "desproporcionalidade entre a conduta verificada e a punição aplicada", motivo que embasou mais de 23% das reintegrações.

**Tabela 3 - Motivos das reintegrações judiciais decididas pelo STJ**

| Motivos informados nas decisões do STJ para a reintegração  | Quantidade de reintegrações de que consta o motivo | % / total de reintegrações do STJ |
|---|--|-----------------------------------|
| Ausência de defensor dativo ou advogado constituído (súmula 343 do STJ)   | 12   | 28,57%                            |
| Desproporcionalidade entre conduta e punição  | 10   | 23,81%                            |
| Ausência da comprovação de animus abandonandi – abandono de cargo e inassiduidade habitual                                  | 3  | 7,14%                             |
| Capacidade punitiva por abandono de cargo prescrita - a exoneração ex officio baseada no Parecer da AGU GQ-207 não é válida | 3  | 7,14%                             |
| Inobservância dos prazos para avisar ao acusado sobre diligências   | 3  | 7,14%                             |
| O acusado não participou da produção de todas as provas   | 3  | 7,14%                             |
| Prescrição da capacidade punitiva do Estado - prescrição penal  | 3  | 7,14%                             |
| Discordância da autoridade julgadora negando o relatório e agravando a pena não foi devidamente fundamentada                | 2  | 4,76%                             |
| Falta de competência da comissão apuratória na condução do procedimento disciplinar   | 2  | 4,76%                             |
| O acusado não pôde apresentar defesa de todos os fatos que levaram à punição  | 2  | 4,76%                             |
| Sem clara exposição de motivos pela decisão do STJ  | 1  | 2,38%                             |
| Atuação como defensor de servidor em procedimento disciplinar não constitui ilícito administrativo                          | 1  | 2,38%                             |
| Conjunto probatório insuficiente para punição do acusado  | 1  | 2,38%                             |
| Membro de comissão impedido   | 1  | 2,38%                             |
| Recusa pouco fundamentada de produção de prova oral pelo acusado  | 1  | 2,38%                             |

#### 4.2. Breve balanço dos dados apresentados

Neste tópico se buscou realizar uma pesquisa aplicada ao universo das rein-

tegrações judiciais determinadas pelo STJ, publicadas no DOU entre 02/01/2004 e 30/08/2008, para verificar a pertinência de que seja implantada, pela CGU, uma política de monitoramento das decisões judiciais

relacionadas à anulação das demissões de servidores públicos do Poder Executivo Federal, como forma de aferir a qualidade das ações relativas à responsabilização administrativa e de embasar possíveis propostas de melhoria.

Realizados os procedimentos de levantamento de dados, verifica-se que a maior parte das reintegrações de servidores públicos estatutários do Poder Executivo Federal são decorrentes de anulações determinadas pelo Poder Judiciário Federal (70%), e não por procedimentos revisionais da própria Administração. Isso não quer dizer que estas últimas possam ser desprezadas, caso seja implantada a política proposta de monitoramento de reintegrações, visto que perfazem quase 30% do total no período verificado.

Buscando-se harmonizar e padronizar a atuação dos órgãos e das entidades quanto ao exercício de suas funções disciplinares, finalidade do próprio Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, deve a CGU estabelecer um regramento para a publicação das portarias de reintegração, visto que muitas portarias não contêm informações sobre o órgão do Poder Judiciário Federal que determinou a reintegração (8,09%), nem qual o tipo de decisão judicial (51,06%).

Apesar de constar um número maior de reintegrações judiciais nas unidades do Ministério da Justiça, da Previdência Social e da Educação, tais informações devem ser cruzadas juntamente com o número de demissões das mesmas unidades, visando estabelecer uma análise qualitativa das funções disciplinares dos órgãos e entidades, visto que pode ser que a razão entre as reintegrações e de-

missões do MPS/INSS seja mais baixa do que a da MF/SRFB. Além disso, devem ser detalhadas por região e subunidades, considerando que diferentes atores podem atuar nos procedimentos disciplinares de unidades com a descentralização administrativa de órgãos como o MJ/DPRF e o MJ/DPF e de entidades como o MPS/INSS. Assim, poder-se-á, por exemplo, verificar que os procedimentos disciplinares problemáticos do MPS/INSS estão sendo promovidos por uma determinada Corregedoria Regional em uma unidade da Federação.

Não foi realizado cruzamento que informe quais foram os servidores e em qual época foi executado o procedimento disciplinar que foi anulado pelo Poder Judiciário – se, por exemplo, as ações de reintegração no Poder Judiciário Federal durarem 4 anos para chegar a uma decisão definitiva, as punições expulsivas ocorridas em 2005, 2006, 2007 e 2008, período justamente do aumento de demissões informado pela CGU, estas ainda não foram apreciadas e decididas definitivamente, ou seja, poderão integrar os quantitativos de reintegrações futuras.

Ainda sobre as reintegrações judiciais determinadas pelo STJ, motivadas por sua Súmula 343 (ausência de defesa técnica), faz-se necessário que a CGU, como órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SisCor-PEF) e guardião principal da efetividade da função disciplinar do Poder Executivo Federal, realize gestões junto à AGU e aos órgãos e entidades que tiveram punições disciplinares anuladas por conta da Súmula 343, já cancelada pela Súmula Vinculante nº 5 do STF, visando a revisão dessas anulações.

As reintegrações judiciais determinadas pelo STJ motivadas pela “desproporcionalidade entre a conduta verificada e a punições aplicadas” foram recorrentes nas demissões aplicadas relativas a procedimentos disciplinares promovidos no âmbito do MJ/DPRF, constatação que indica a necessidade de atuação da CGU sobre as ações de responsabilização administrativa exercidas por aquele órgão, seja na orientação, seja no seu acompanhamento.

As reintegrações judiciais determinadas pelo STJ e motivadas pela aplicação de exoneração ex officio a servidores estáveis devido à prescrição da capacidade punitiva da Administração em caso de abandono de cargo, baseada no Parecer da AGU nº GQ-207, indicam a necessidade de atuação da CGU, de forma a verificar, junto à Advocacia-Geral da União, a possibilidade de anulação do mencionado parecer, pois se trata de parecer vinculante para a Administração Pública Federal (de cumprimento obrigatório nos termos da Lei Complementar nº 73/93), elaborado para interpretação da Lei nº 1711/52, já revogada pela Lei nº 8112/90.

As reintegrações judiciais determinadas pelo STJ e motivadas pela ausência de comprovação de animus abandonandi nos casos de abandono de cargo e inassiduidade habitual indicam a necessidade de atuação da CGU quanto à orientação e qualificação técnica dos servidores que atuam com procedimentos disciplinares no âmbito do Poder Executivo Federal.

## Conclusão

Afirma-se aqui a importância e a viabilidade de uma política de monito-

ramento de reintegrações proposta, e ressalta-se que este trabalho, apesar de se ter baseado mais detalhadamente em uma pesquisa aplicada somente a uma amostra das reintegrações judiciais, como ensaio, já apresenta, por si só, resultados consistentes e recomendações que podem ser implementadas imediatamente, fazendo com que se considere como pertinente a implantação do monitoramento.

Podem ser interessantes o aproveitamento dos modelos aqui tratados pela CGU. Nesse sentido, será necessária a implantação da política de monitoramento proposta, devendo ser contemplado, na coleta e no tratamento das reintegrações, o cruzamento com as informações sobre o tipo de decisão judicial e sobre a demissão anulada, pois, apesar do aumento da quantidade de demissões não ter, a priori, refletido na quantidade de reintegrações judiciais de caráter definitivo – o que, num primeiro momento, pode significar que a atuação da CGU está melhorando o trabalho dos servidores que atuam em procedimentos disciplinares –, deve ser levada em consideração a seguinte observação: muitas portarias de reintegração foram desconsideradas para esta análise, por não informarem se as decisões foram liminares ou definitivas – se, por acaso, todas as “não informadas” forem “definitivas”, observar-se-á um aumento de 46% entre 2006 (57) e 2005 (39), e 12,28% entre 2007 (64) e 2006 (57).

Em sendo observados problemas mais abrangentes, relativos a disparidades entre as interpretações, o monitoramento servirá de base tanto para que sejam estabelecidas gestões com a AGU, quanto para que sejam disseminadas orientações necessárias sobre melhores

práticas ou adequação do conteúdo do programa de capacitação de atores de procedimentos disciplinares.

Por fim, como foram observados problemas pontuais por órgão/entidade ou por regiões, o monitoramento servirá de base tanto para a adequação do programa de capacitação de membros de comissões disciplinares (com criação de mais turmas, por exemplo) quanto para a intensificação do acompanhamento dos procedimentos disciplinares,

seja pelo incremento nas inspeções, seja pela supervisão dos procedimentos mais complexos, a fim de que se faça cada vez menor a necessidade de ajuizamento, por parte do acusado, de qualquer tipo de ação junto ao Poder Judiciário – porquanto os princípios constitucionais fundamentais presentes no art. 5º e seus incisos e os princípios da Administração Pública, expressos no art. 37, estarão sendo levados a efeito, respeitando-se, com isso, o Estado Democrático de Direito.

## Referências Bibliográficas

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira [org.]. O novo Direito Administrativo brasileiro: o Estado, as Agências e o Terceiro Setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 19-47.

HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume II, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 2003. p.123-187.

CARVALHO NETTO, Menelick. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, ano 687, n.2, p.67-84, abr. a jun. 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo Administrativo Federal, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 dez. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112compilado.htm)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 343, de 2007. É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar. Diário da Justiça, Brasília, DF, 21 set. 2007, pág. 334.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 5, de 2008. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Diário da Justiça, Brasília, DF, 16 mai.2008, p. 1.

\_\_\_\_\_. Casa Civil. Secretaria Executiva. Imprensa Nacional. Portaria nº 310, de 2002. Dispõe sobre normas para publicação no Diário Oficial e no Diário da Justiça. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 dez. 2002. Disponível em: <[http://portal.in.gov.br/in/arquivos/portarias/portaria\\_310.pdf](http://portal.in.gov.br/in/arquivos/portarias/portaria_310.pdf)>. Acesso em: 01 de ago. 2008.

\_\_\_\_\_. Controladoria-Geral da União. Portaria nº 335, de 2006. Regulamenta o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, de que trata o Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 mai. 2006. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/Legislacao/Arquivos/Portarias/portaria\\_335\\_06.pdf](http://www.cgu.gov.br/Legislacao/Arquivos/Portarias/portaria_335_06.pdf)>. Acesso em: 01 de ago. 2008.

# A natureza jurídica da sindicância e seu papel no direito administrativo disciplinar

**Maxwell Novais Oliveira**, bacharel em Administração de Empresas e Administração Pública pela Universidade de Brasília (UnB), e Bacharel em Direito pela UDF, Pós-graduado em Direito Administrativo Disciplinar pela UnB, Analista de Finanças e Controle da CGU.

## Introdução

O presente trabalho tem o escopo de engendrar estudos no âmbito do direito administrativo, em especial no que diz respeito à natureza jurídica da sindicância e a seu papel no direito administrativo disciplinar. Inicialmente, adentra-se ao estudo dos meios utilizados pela Administração Pública na apuração das faltas disciplinares, ou seja, a sindicância e o processo administrativo disciplinar. Nesse contexto, enfatiza-se o dever da Administração em apurá-las e punilas, bem como o conceito desses institutos. Logo depois, começa-se a esculpir o que será o centro deste trabalho, ou seja, a sindicância. Assim, inicialmente, será apresentado seu conceito, sua natureza e suas espécies, que são de vital importância ao entendimento do problema ora posto.

Por último, serão apresentados os problemas referentes à natureza jurídica da sindicância e seu papel no direito

administrativo disciplinar: a sindicância investigativa perdeu seu valor com o advento da investigação preliminar? É a sindicância punitiva um meio hábil para impor penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias, ao servidor infrator, no âmbito da Administração Pública? Nesse sentido, serão feitos comentários ao instituto da sindicância, esmiuçando os questionamentos que se fazem às suas funções inquisitiva e punitiva, enfatizando-se, ainda, as razões que fazem da sindicância punitiva um meio inábil à aplicação de penalidades.

Após, serão feitas críticas ao uso da sindicância, sendo sugeridas duas alternativas possíveis às soluções dos problemas: a primeira, no sentido de se utilizar a sindicância investigativa apenas em casos muito graves, e, nas demais hipóteses, a moderna solução da investigação preliminar; e a segunda, valer-se do processo administrativo disciplinar para aplicação de penalidades de natureza leve, seja de advertência, seja de sus-

pensão até trinta dias, utilizando-se do rito sumário já previsto na legislação pertinente, em substituição à sindicância acusatória.

## **1. Da apuração das faltas disciplinares na Administração Pública**

### **1.1. Da obrigação de apurar e de punir as faltas disciplinares**

Deve-se ter em mente duas obrigações diante da falta disciplinar: a de apurar, prevista no caput do artigo 143 da Lei 8.112/90, e a de punir. Ressalta-se que o ato de deixar de apurar gera responsabilidade ao administrador, inclusive criminal, na hipótese da chamada condescendência criminosa, prevista no artigo 320 do diploma penal. A omissão pode, ainda, caracterizar improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92, art. 11, inciso II. Contudo, a obrigação de apurar somente existirá se de fato houver uma notícia concreta de irregularidade. Se a denúncia for vaga ou não contiver um mínimo de plausibilidade, ela não conterà os requisitos de uma narrativa de um fato ilícito concreto, não havendo, portanto, o que ser apurado.

Nesse quadrante, antes da abertura de qualquer procedimento disciplinar, a autoridade competente deverá fazer um juízo de admissibilidade, ou seja, precisa analisar se ela tem um mínimo de plausibilidade que justifique movimentar a máquina pública para apurá-la. Que fique claro que a autoridade não pode se furtar à apuração. Entretanto, antes ela precisa verificar se há, de fato, uma notícia concreta de irregularidade.

**“Antes da abertura de qualquer procedimento disciplinar, a autoridade competente deverá fazer um juízo de admissibilidade, ou seja, precisa analisar se ela tem um mínimo de plausibilidade que justifique movimentar a máquina pública para apurá-la.”**<sup>1</sup>

Essa é a posição dominante da doutrina. Veja o que diz José A. da Costa:

*“Para que o processo disciplinar seja instaurado com legitimidade não basta tão-somente que seja a autoridade hierárquica competente para tanto, havendo, de rigor jurídico, a necessidade de um mínimo legal, que, traduzindo possibilidade de condenação (‘fumus boni iuris’), se estribe em elementos concretos indicadores de tal viabilidade.”*<sup>1</sup>

Mas apurar não é o suficiente. Comprovado o fato e identificada a autoridade, a autoridade é obrigada a punir, ressalvados, evidentemente, os casos que excluem a ilicitude ou a imputabilidade. Essa obrigação de punir decorre da indisponibilidade do interesse público, o qual exige da Administração Pública o respeito e o cumprimento ao princípio do *due process of law*.

<sup>1</sup> COSTA, José Armando da. Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar. 5ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 204.



## 1.2. Da sindicância e do processo administrativo disciplinar

Preliminarmente, torna-se oportuno conceituar o processo administrativo e seus respectivos desdobramentos, com base na doutrina de Léo da Silva Alves, a saber:

*“O **processo administrativo** é o devido processo legal, previsto na Carta Política, para apurar e viabilizar punições no serviço público. Pode estar desdobrado nas modalidades de sindicância, de natureza processual, viável para apenas funcionários por faltas leves, ou processo propriamente dito, destinado às questões consideradas graves, suscetíveis de punição, por exemplo, com suspensão por mais de trinta dias, demissão, destituição do cargo comissionado e cassação de aposentadoria.”<sup>2</sup> (grifos nossos)*

Nessa toada, quando se fala em processo disciplinar, está se referindo a toda espécie de procedimento tendente a apurar algum ilícito disciplinar praticado no âmbito da Administração Pública. Portanto, o processo disciplinar (ou o processo administrativo disciplinar *lato sensu*) é gênero do qual tanto a sindicância quanto o processo administrativo disciplinar *stricto sensu* (PAD) são espécies.

Enquanto a sindicância é um instituto utilizado pela Administração Pública, de caráter sumário e investigatório, que geralmente não obedece a rito solene e, em regra, se instaura quando se tem conhecimento somente do fato que ori-

ginou o ilícito administrativo, o processo administrativo disciplinar, conforme art. 148 da Lei 8.112/90, é o meio formal, solene, de apuração das infrações cometidas por servidores, sendo utilizado, nos seus diversos níveis, como meio apuratório de ilícito administrativo, do qual já se tenha evidências razoáveis sobre a sua autoria.

Pode haver sindicância sem processo administrativo e processo administrativo sem sindicância. Existem fatos que a mera investigação sindicante faz por autorizar o encerramento do caso. Assim, há sindicância administrativa sem processo. Mas há outros fatos que, dada a sua gravidade e evidência, reclamam, desde logo, a instauração de um processo administrativo. Nesse caso, ele se inicia diretamente, sem a ocorrência de sindicância anterior, absolutamente desnecessária.

## 2. Da sindicância

### 2.1. Do conceito

A palavra sindicância é originária de síndico, em grego, *Súndikos*, antigo procurador de uma comunidade helênica. Denota a noção de examinar, inquirir, pesquisar informações, dentre outros significados de assemelhada compreensão. Corresponde ao procedimento pelo qual se reúnem informações tendentes a fornecer elementos esclarecedores de determinados atos ou fatos, apuração essa que se faz no interesse superior e seguindo a decisão da autoridade competente.

A sindicância é, a priori, um meio preventivo e cautelar, que evita decisões

2 ALVES, Léo da Silva, Poderes e deveres da autoridade julgadora em processo disciplinar. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n° 243 (07.03.2004). Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.jusnavigandi.com.br> (consultado em 02.06.2009).

temerárias, ao mesmo tempo em que poupa à Administração expor seus empregados ou servidores a despedidas ou processos injustos, prevenindo despesas e eventuais pedidos de indenizações, em face de acusações injustas. Além disso, a brevidade é um dos requisitos da sindicância, consoante art. 145, par. único, da Lei 8.112/90, diferenciando-se, sob o aspecto temporal, do processo administrativo disciplinar, que se dá num prazo de 60 (sessenta) dias.

## 2.2. Da natureza

Segundo José Cretella Júnior, apud José Armando da Costa:

*“Sindicância é o meio sumário de que se utiliza a administração do Brasil para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no Serviço Público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário responsável.”*<sup>3</sup> (grifos nossos)

Dáí se deduz que a sindicância se divide em duas espécies: autônoma e preparatória. Esta funciona como fase informativa do processo ordinário, tendo, assim, natureza inquisitorial; aquela se basta por si mesma, como esteio à imposição das punições mais leves, tendo, por sua vez, natureza punitiva, e sujeita aos princípios da publicidade e do contraditório e, conseqüentemente, o da ampla defesa, sujeitando-se, ainda,

***A sindicância é, a priori, um meio preventivo e cautelar, que evita decisões temerárias, ao mesmo tempo em que poupa à Administração expor seus empregados ou servidores a despedidas ou processos injustos, prevenindo despesas e eventuais pedidos de indenizações, em face de acusações injustas.***

às imposições oriundas do Devido Processo Legal.

A sindicância preparatória é igual ao inquérito policial, cujo procedimento se destina a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração (materialidade do ato) e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa e inquisitiva, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na via processual.

## 2.3. Das espécies

No mundo procedimental apuratório de fatos presumidamente irregulares, há três espécies de sindicância, sendo elas a sindicância falencial, a criminal e a disciplinar, sendo que a última é instaurada à vista de notícias veiculadoras de possíveis irregularidades no serviço público, tendo por finalidade apurar os fatos em todas as suas circunstâncias relevantes, bem como estabelecer a individualização da sua autoria, com a indi-

3 CRETELLA Júnior, José. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1966-1972, v. 4, p. 153 apud COSTA, José Armando. Direito Disciplinar: Temas Substantivos e Processuais. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 492.

cação precisa e concreta de todos os seus responsáveis.

Assim, coube à doutrina e à jurisprudência concluir que, além de a sindicância não ser obrigatória, existem duas espécies de sindicância: uma que serve como mero procedimento informativo de um futuro PAD e que dispensa contraditório e ampla defesa, de natureza investigativa; e outra cujo rito terá de se igualar ao do PAD e terá de ter contraditório e ampla defesa, tendo assim natureza punitiva. Há tempos que se chegou a essa conclusão, como se percebe da ementa de acórdão de 1999, do Supremo Tribunal Federal, transcrito abaixo, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves:

*“Servidor público. Aplicação da pena de advertência sem a instauração de sindicância na qual se daria o exercício da ampla defesa dos que vieram a ser punidos. Nulidade. (...) o que implica dizer que o processo administrativo não pressupõe necessariamente a existência de uma sindicância, mas, se o instaurado for a sindicância, é preciso distinguir: se dela resultar a instauração do processo administrativo disciplinar, é ela mero procedimento preparatório deste, e neste é que será imprescindível se dê a ampla defesa do servidor; se, porém, da sindicância decorrer a possibilidade de aplicação de penalidade de advertência ou de suspensão de até 30 dias, essa aplicação só poderá ser feita, se for assegurado ao servidor, nesse procedimento, sua ampla defesa.”*<sup>4</sup> (grifos nossos)

4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Brasília: Supremo Tribunal Federal, RMS 22.789/RJ, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 25/06/1999. Disponível na internet via WWW. URL: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp> (consultado em 02.06.2009).

### 3. Da sindicância e de seu caráter punitivo

#### 3.1. Da sindicância na Lei 8.112/90

O antigo Estatuto dos Servidores Federais (Lei 1.711/52), mesmo não prevendo, expressamente, o instituto da sindicância, deixava implícita a necessidade de se apurar comportamentos funcionais irregulares puníveis com penas mais brandas, isto é, aquelas consistentes em advertência, repreensão ou suspensão que não ultrapassasse (30) trinta dias. Dessumia-se tal assertiva, a *contrario sensu*, do disposto no art. 217, par. único, dessa revogada lei.

A solução encontrada pelo legislador foi a adoção da sindicância, a qual se configurava como a única alternativa legitimadora da imposição de tais reprimendas menos graves. Assim, com o advento do art. 145 da Lei 8.112/90, a sindicância passou, então, a possuir, também, um caráter punitivo. O inciso II do art. 145 da Lei 8.112/90 diz que da sindicância poderá resultar a aplicação de uma penalidade disciplinar. Ora, a Constituição Federal (art. 5º, LV) e a própria lei, em seus arts. 143 e 153, garantem a qualquer acusado o direito à ampla defesa.

Assim, conclui-se, com apoio na doutrina e na jurisprudência, que a sindicância que pode resultar em punição é um processo que tem de ter sido conduzido sob o crivo do contraditório, com a mais ampla defesa possível. Portanto, essa espécie de sindicância, cujo nome pode ser sindicância acusatória ou punitiva, em nada se diferencia do processo administrativo disciplinar.

Esse é o entendimento atual da doutrina. Observe o que diz Francisco Xavier da Silva Guimarães:

*“Realmente, no tocante à sindicância, a Lei 8.112/90 não estabelece nenhuma fase. Entretanto, nada obstante tudo recomenda e se impõe que o regramento do processo disciplinar seja igualmente adotado na sindicância, notadamente quando esta tiver o propósito punitivo, isto é, não apenas de investigação preliminar.”*<sup>5</sup>

Pelo que se colhe da leitura compreensiva dos artigos 143 e 145 da Lei 8.112/90, a sindicância vem a ser a adoção, a priori, de uma medida investigatória de irregularidade cometida ou em fase de ocorrência no serviço público, que se desencadeia sem rito ou procedimento previamente estipulado, cuja finalidade pode ensejar o arquivamento do processo, na instauração de processo disciplinar, e na aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias, neste último caso apresentando natureza punitiva.

Sendo assim, a Lei 8.112/90 prevê a aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias, porém não dispõe sobre o rito, deixando a forma do processamento ao alvedrio da autoridade instauradora, tornando a aplicação de penalidade vulnerável a irregularidades, o que, quase sempre, resulta em prejuízo ou para a defesa do servidor imputado, afrontando a ampla defesa e o contraditório, ou para a própria administração, em decorrência de processos mal instruídos ou viciados.

5 GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva, Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União, 2ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.127.

Sobre a má técnica adotada na Lei 8.112/90, Vinicius de Carvalho Madeira assevera que:

*“A Lei 8.112/90 não explica o que seria a sindicância. (...) Ou seja, a lei, em sua má técnica, apenas diz algumas coisas que o administrador poderá fazer utilizando a sindicância e qual é o seu prazo de duração, mas a lei não diz o que é a sindicância, qual o seu rito, nem muito menos faz diferenciação entre a Sindicância e o Processo Administrativo Disciplinar.”*<sup>6</sup> (grifos nossos)

Assim, não é de se espantar que um legislador nada científico – que apenas copiou o modelo previsto na Lei 1.711/1952 – tenha previsto uma sindicância que pode servir como instrumento preparatório para instruir o processo administrativo disciplinar e, ao mesmo tempo, pode redundar em aplicação de penalidades. Observa-se, dentre várias imprecisões, que o legislador, na intenção de suprimir uma falta do antigo estatuto, atribuiu à sindicância um caráter punitivo, desvirtuando-a de sua natureza inquisitiva.

### 3.2. Da sindicância inquisitiva

Como já exposto, a sindicância é um mero processo investigativo, o qual tende a apurar fatos que possibilitem ou não a instauração de competente processo administrativo disciplinar. Sua função é examinar, inquirir, pesquisar e tomar informações, servindo como base para o correspondente processo administrativo disciplinar. Na prática, o mais comum é se detectar a irregularidade, mas não se ter sequer indícios de quem

6 MADEIRA, Vinicius de Carvalho. Lições de Processo Disciplinar. Brasília: Fortium, 2008. p. 64.

seria o autor. Nessa hipótese, a sindicância inquisitiva pode ser uma forma de dar cumprimento ao art. 143 da Lei nº 8.112/90, na tentativa de apurar o fato, delimitar os possíveis suspeitos pela sua prática e, ao final, concluir pelo arquivamento ou pela instauração de processo administrativo disciplinar.

Se a sindicância concluir que não há sequer indícios da ocorrência da irregularidade ou não conseguir apontar nenhum suspeito pela prática do ato, só restará à Comissão sugerir o arquivamento do caso, e à autoridade acatar tal arquivamento (art. 145, I, da Lei 8.112/90). É claro que, quando a autoridade percebe que o trabalho foi mal conduzido, pois poderia ter chegado a alguma descoberta, ela poderá nomear nova comissão para aprofundar as investigações.

Por outro lado, no caso de a sindicância delimitar a materialidade do ilícito disciplinar e detectar um ou vários possíveis responsáveis pelo ilícito, duas soluções surgem, segundo Vinicius de Carvalho Madeira:

*“1ª) Se a comissão de Sindicância perceber isso logo no início – e se for conveniente para o andamento da apuração -, ela poderá convolar (transformar) aquilo que tinha nascido como mera sindicância investigativa numa sindicância acusatória e notificar o(s) acusado(s) para participar(em) de todos os atos de produção de provas, viabilizando-se a sugestão de aplicação da pena. Entretanto está pena terá que ser de advertência ou de suspensão por até 30 dias (art. 145, II, da Lei 8.112/90).(...)*

*2ª) Se a comissão de Sindicância percebe que o fato é grave, ela delimita*

*melhor os indícios de autoria e materialidade no seu relatório final e sugere a abertura de processo administrativo disciplinar (art. 145, III, da Lei 8.112/90), (...).”*<sup>7</sup> (grifos nossos)

Pelos fatos e fundamentos supra-mencionados, conclui-se que a sindicância é um procedimento meramente inquisitivo, que serve para a elucidação de infrações administrativas e que não constitui meio hábil e legítimo para a imposição de penalidades, mesmo que de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias. Em vista disso, não seria de bom senso que o trabalho da sindicância se resumisse ao processo investigativo e que se buscasse nova forma para a aplicação de penalidades brandas?

### **3.3. Das críticas ao uso da sindicância**

#### **3.3.1. Da banalização do instituto da sindicância**

Preliminarmente, é de se afirmar que se criou, no âmbito da Administração Pública, a cultura de que todas as irregularidades devem ser inicialmente apuradas por meio da sindicância, mesmo diante das mais graves e completas denúncias, pois se raciocina que a sindicância é um processo mais brando, que necessariamente deve preceder ao PAD. Assim, muitas vezes o fato está delimitado e a autoridade sabe quem é seu provável autor; entretanto, instaura sindicância.

Há casos menos graves, em que a autoridade não quer ferir suscetibilidades e determina a instauração de uma sindicância punitiva apenas para não dizer

que o acusado está respondendo a um processo disciplinar. Mesmo nesse caso se teria um problema se, ao final, fosse necessário aplicar uma pena maior do que a suspensão por mais de 30 dias, pois obrigaria a abertura de um processo disciplinar que já poderia ter sido aberto se a autoridade tivesse optado por ele desde o início. Ora, se há, na denúncia e nos documentos a ela anexados, fortes indícios da autoria, não há por que se abrir uma sindicância para depois se chegar à conclusão de que é necessário abrir um processo disciplinar.

### 3.3.2. Da utilização desnecessária de sindicância em lugar do PAD

Outro fato é que a Administração Pública continua utilizando muito a sindicância, em vez de apurar o PAD diretamente. A doutrina, a seu turno, também não atentou para a desnecessidade da sindicância, e – mesmo reconhecendo que ela não tem um rito próprio e que a sindicância punitiva precisa ter contraditório e ampla defesa – continua tratando a sindicância como se fosse um processo simplificado.

É importante esclarecer que um processo será mais simples do que outro não por vontade da autoridade instauradora, mas pela complexidade do caso. Casos simples serão concluídos rapidamente, e casos complexos demandarão mais tempo, não importando se o instrumento apuratório foi um processo disciplinar ou uma sindicância, muito

**Um processo será mais simples do que outro não por vontade da autoridade instauradora, mas pela complexidade do caso.**

menos os prazos previstos em lei – nunca cumpridos – para a conclusão de um outro processo.

Conforme já depreendido do contido no acórdão do Supremo Tribunal Federal (RMS 22.789/RJ, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 25/06/1999), o processo administrativo não pressupõe necessariamente a existência de uma sindicância. Ou seja, se já há indícios suficientes da autoria e da materialidade, a autoridade pode – e deve – instaurar diretamente o processo administrativo disciplinar, sem precisar passar pela sindicância prévia. Isso é pacífico na doutrina, conforme destaca Cretella Júnior:

**Pode haver sindicância sem processo e processo sem sindicância**

*“Pode haver sindicância sem processo e processo sem sindicância... no segundo (caso), pela natureza da falta cometida, pelas circunstâncias especiais que cercam o fato e pela identificação precisa de seu ator, a Administração deu logo início ao processo administrativo, diretamente, tal a evidência do envolvimento do indiciado.”<sup>8</sup>*

Ainda no que tange à crítica que se faz à sindicância, percebe-se que não há vantagens nem para o servidor, nem para a Administração em se abrir uma sindicância para apurar um fato com autoria e materialidade já delimitados, pois responder a um processo adminis-

8 CRETELLA JÚNIOR, José. Direito Curso de Direito Administrativo. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 457.



trativo disciplinar ou a uma sindicância é incomodação idêntica.

### 3.3.3. Da prescrição da pretensão punitiva disciplinar

Pois bem, é por conta dessa insistência na instauração da sindicância, mesmo quando já há acusado delimitado, que muitas penalidades prescrevem, em virtude do tempo perdido em inúteis sindicâncias. A prescrição é um instituto jurídico aplicável em todo o direito sancionador, pelo qual o decurso de um prazo estabelecido em lei impede a aplicação da sanção.

Assim, a prescrição é o ônus suportado pela Administração por ter sido lenta no cumprimento da sua obrigação de apurar e sancionar o servidor dentro de um prazo razoável. Com efeito, a instauração prévia de sindicância tem sido um fator facilitador do advento da prescrição da pretensão punitiva disciplinar. Nessa esteira é a lição de Vinicius Madeira:

*“Ora, ao tomar ciência da irregularidade a autoridade, ao invés de iniciar a apuração por uma investigação preliminar informal, abre uma sindicância, logo após começará a correr a prescrição. Se acontecer – como não é raro – de a Sindicância demorar um ano para ser concluída e o subsequente PAD demorar mais um ano para ser instaurado (pois é sempre difícil conseguir membros para as comissões), as penalidades de advertência e suspensão já estarão inviabilizadas.”*<sup>9</sup>

Portanto, se a autoridade fizer uma investigação preliminar ou, tendo ele-

mentos, instaurar direto o PAD, a prescrição só começará a correr a partir dele, e a Administração não perderá, para a prescrição, um tempo enorme que seria consumido após a sindicância.

### 3.3.4. Da sindicância punitiva vista como um processo disciplinar

Levando em consideração que a sindicância punitiva é aquela que já nasce com a real possibilidade de punição e, por isso, nela mesma será dada toda a ampla defesa ao acusado, essa sindicância tem natureza jurídica idêntica à do processo administrativo disciplinar, ou seja, é um processo. A doutrina é remansosa sobre o assunto, conforme se observa no comentário de Vinicius de Carvalho Madeira:

*“Com efeito, se não há diferença entre ambos, concluímos que o rito da sindicância é o mesmo do PAD. A uma porque não há previsão alguma na Lei 8.112/90 estabelecendo um rito diferenciado para a sindicância – lembrando que o rito sumário não é o rito de uma sindicância, mas de um PAD específico para apurar abandono de cargo, inassiduidade habitual e acumulação de cargos públicos – a duas porque o princípio da legalidade nos obriga a seguir um rito previsto em lei. Como não há esta previsão para a sindicância, só nos resta seguir o rito previsto na Lei 8.112/90 para o processo administrativo disciplinar (...).”*<sup>10</sup>

Em decorrência da constatação acima, resta um questionamento paradoxal: como a sindicância pode, ao mesmo tempo que funciona como um instrumento que deveria ser meramente

9 MADEIRA, Vinicius de Carvalho. Lições de Processo Disciplinar. Brasília: Fortium, 2008. p. 72.

10 Ibidem, p. 65-66.



investigativo e sem contraditório, redundar em pena? Para evitar a referida celeuma, urge como alternativa aplicar as penalidades de natureza leve, seja de advertência, seja de suspensão até trinta dias, ao infrator administrativo, no âmbito do próprio processo administrativo disciplinar.

### 3.4. Das alternativas

#### 3.4.1. Da alternativa à sindicância investigativa: investigação preliminar

Partindo do pressuposto de que a sindicância, na sua função original investigativa, seria utilizada apenas em casos muito graves, rumorosos e somente se não houver, em princípio, indícios de quem seria o autor da irregularidade, propõe-se que, para as demais hipóteses – e se o caso é simples, mas a autoridade está em dúvidas sobre a conveniência da abertura de um processo administrativo disciplinar, pois não há, ainda, contornos precisos sobre os indícios de autoria e materialidade –, que a primeira juntada de informações sobre os fatos narrados na denúncia seja feita no âmbito da moderna solução adotada pela CGU: a investigação preliminar.

A investigação preliminar, também chamada de apuração prévia, já foi normatizada no âmbito da Controladoria-Geral da União (CGU), consoante Portaria nº 335/2006, art. 4º, inciso I, sendo que ela já vem sendo feita pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRF) e pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), dentre outros órgãos públicos, podendo vir a substituir totalmente, e com vantagens, a sindicância investigativa, constituindo-se num procedimento informal em que se

buscará, de forma escrita, esclarecer melhor os fatos antes de se decidir sobre a abertura de um processo disciplinar ou uma sindicância, possibilitando à autoridade colher subsídios para firmar seu juízo sobre a plausibilidade de determinada denúncia.

Assim, em que pese o art. 143 da Lei 8.112/90 determinar a apuração imediata do fato irregular por processo administrativo disciplinar ou sindicância, com a investigação preliminar a autoridade consegue apurar imediatamente o fato. Caso descubra indícios de irregularidade e autoria, apura-o por meio do processo disciplinar. Observa-se que há vantagem no uso da investigação preliminar em comparação ao uso da sindicância. Segundo Vinicius de Carvalho Madeira:

*“Ao invés de instaurar uma sindicância formal a autoridade pode determinar que um ou dois servidores façam uma apuração preliminar do ocorrido. (...) Ora, basta que se produza um relatório narrando o que a investigação preliminar descobriu, se juntem eventuais documentos encontrados e já haverá elementos mais do que suficientes para a abertura de um processo administrativo disciplinar contra o servidor responsável pelo sigilo das informações, sem que tivesse sido necessário um processo prévio de sindicância.”*<sup>11</sup>

Nesse diapasão, ao se utilizar a investigação preliminar, a autoridade resolve o problema da prescrição que advém da sindicância, pois assim agindo a autoridade ganhou tempo, não tendo ficado no aguardo de certo lapso temporal para conseguir servidores para as comissões de sindicância e, principalmente,

11 Ibidem, p. 73.

postergou o dia em que o segundo período da prescrição começará a correr contra a Administração.

Além disso, a apuração prévia obedece ao princípio da eficiência, pois a Administração, por meio dela, demonstra, por escrito, que alguma investigação foi feita para justificar o arquivamento ou a abertura de um processo mais elaborado; não infringe o princípio do prejuízo, pois dela não resultará prejuízo ou punição a ninguém; é mais racional e simples do que a sindicância, pois esta última pode iniciar nova contagem prescricional antes da hora; e, por último, acrescenta-se que da investigação preliminar poderá resultar o arquivamento do caso, de forma liminar, comprovando-se a total improcedência da denúncia com a respectiva justificativa, o que evita a movimentação desnecessária da máquina pública.

### 3.4.2. Do processo administrativo disciplinar com aplicação de rito sumário

Uma das alternativas encontradas no sentido de substituir a sindicância de natureza punitiva e, ao mesmo tempo, assegurar ao servidor infrator a observância aos princípios constitucionais é valer-se do próprio processo administrativo disciplinar, no que tange à aplicação de penalidades de natureza leve, seja de advertência, seja de suspensão até trinta dias, utilizando-se do rito sumário, previsto na Lei 8.112/90, nos artigos 133 e 140, repisando-se que este atualmente não se aplica à sindicância, mas tão somente ao processo administrativo disciplinar.

Hodiernamente, não se pode afirmar que a sindicância seria um processo sumário ou um procedimento sumário no aspecto formal, por ser dotada de menor rigor formal em relação ao procedimento base, pois falta amparo legal para dizer que a sindicância punitiva poderia ser conduzida com menor rigor formal, mesmo porque, no processo administrativo disciplinar, também impera o princípio do formalismo moderado.

Portanto, atualmente a Lei 8.112/90 não prevê que a sindicância tivesse um rito cuja cognição do julgador fosse mais restrita, o que caracterizaria um processo sumário; ela apenas previu o rito geral do processo administrativo disciplinar, que deve ser o mesmo a ser adotado pela sindicância punitiva por força do princípio da legalidade.

Por outro lado, nada impede que, no processo administrativo disciplinar, apesar de haver um prazo mais dilatado para a conclusão dos trabalhos – 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por igual período –, a conclusão dos trabalhos se processe em tempo recorde, até mais rápido do que a própria sindicância, não se esquecendo de que um maior prazo dedicado à investigação e à instrução do processo geralmente possibilita um resultado conclusivo mais justo e com uma probabilidade de defeitos processuais tendendo ao mínimo.

## Conclusão

Ao término da pesquisa sobre o processo disciplinar no âmbito da Administração Pública, em especial quanto à natureza da sindicância e seu papel no âmbito do direito administrativo disciplinar, algumas ques-

tões e considerações não de ser efetuadas. Inicialmente, buscou-se pormenorizar o procedimento da sindicância, abordando seu conceito, natureza e espécies, que foi de suma importância para a melhor compreensão dos problemas expostos.

Em seguida, foram apresentados os problemas referentes à natureza jurídica da sindicância e seu papel no direito administrativo disciplinar: a sindicância investigativa perdeu seu valor com o advento da investigação preliminar? É a sindicância punitiva um meio hábil para impor penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias, ao servidor infrator, no âmbito da Administração Pública? E ainda foram abordadas as hipóteses de solução. Nesse sentido, foram feitos comentários à sindicância, esmiuçando os questionamentos que se fazem às suas funções inquisitiva e punitiva, enfatizando-se, principalmente, as razões que fazem da sindicância punitiva um meio inábil à aplicação de penalidades. Posteriormente, foram elencadas críticas ao uso da sindicância,

tendo sido sugeridas duas alternativas possíveis às soluções dos problemas.

A primeira alternativa vai no sentido de se utilizar a sindicância investigativa apenas em casos muito graves, rumorosos e somente se não houver, em princípio, indícios de quem seria o autor da irregularidade – enquanto nas demais hipóteses, e se o caso é simples, mas a autoridade tem dúvidas sobre a conveniência da abertura de um PAD, se teria a investigação preliminar, prevista na Portaria CGU 335/2006, art. 4º, inciso I. Além disso, para tentar solucionar o equívoco do legislador ao atribuir à sindicância um caráter punitivo, desvirtuando-a de sua natureza inquisitiva, surge como segunda alternativa valer-se do próprio processo administrativo disciplinar, no que tange à aplicação de penalidades de natureza leve, seja de advertência, seja de suspensão de até trinta dias, ao infrator administrativo, utilizando-se do rito sumário, já previsto na legislação pertinente ao assunto, em substituição à sindicância acusatória ou punitiva.

### Referências Bibliográficas

ALVES, Léo da Silva. Poderes e deveres da autoridade julgadora em processo disciplinar. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, nº 243 (07.03.2004). Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 2 jun. 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Brasília: Supremo Tribunal Federal, RMS 22.789/RJ, Rel. Ministro Moreira Alves, DJ 25/06/1999. Disponível na internet via WWW. URL: <http://WWW.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp>. Acesso em 2 jun. 2009.

COSTA, José Armando da. Teoria e Prática do Processo Administrativo Disciplinar. 3º Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

----- Direito Disciplinar: Temas Substantivos e Processuais. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. Regime Disciplinar do Servidor Público da União. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

MADEIRA, Vinicius de Carvalho. Lições de Processo Disciplinar. 1ª ed. Brasília: Fortium Editora. 2008.

# Controle social nos procedimentos administrativos disciplinares instaurados no âmbito do poder executivo federal

*Mileni Fonseca Krubniki Teodoro*, bacharel em Direito com Especialização em Direito Público e Direito Administrativo Disciplinar, Analista de Finanças e Controle da CGU lotada na Corregedoria-Geral Adjunta da Área Social.

## Introdução

Na atual ordem jurídica, um dos principais meios de combate à corrupção é o fortalecimento do controle social sobre a máquina pública. Nesse contexto, o presente trabalho busca discutir a importância da implementação desse instrumento de fiscalização nos procedimentos administrativos disciplinares de atuação do Poder Executivo Federal, como garantia de maior publicidade dos atos de gestão do Poder Disciplinar, de forma a superar as deficiências comumente referidas ao modelo de Estado Social, adequando-o aos pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Cumprindo anotar que o controle social no âmbito do Poder Disciplinar da Administração Pública Federal ainda não é abordado claramente, nem na

doutrina, tampouco na legislação correspondente e na atuação da estrutura administrativa.

Sob essa ótica, não há dúvida de que essa nova proposta acerca da sistemática do agir da Administração Pública encontra resistências e limitações, tanto no âmbito legal como no estrutural e político. Todavia, a efetivação desse instrumento no processo disciplinar pode gerar maiores ganhos objetivos à Administração Pública como um todo, na medida em que traz segurança jurídica a tal procedimento. Nesse contexto, busca-se defender a possibilidade de adequação da legislação existente, por meio da interpretação sistemática adequada à ordem constitucional vigente no Brasil, de forma a adequar o Direito Administrativo Disciplinar aos pressupostos do Estado

Democrático de Direito, quais sejam, eficiência, moralidade, publicidade, informação, transparência na gestão pública e participação social.

Assim, aponta-se a necessidade de uma nova visão ao Direito Administrativo, pautada sempre na Constituição e na lei como horizontes interpretativos de regulação administrativa, em contraste com o entendimento de que a literalidade da legislação, interpretada simplesmente por uma lógica subsuntiva, seja suficiente para tanto.

Enfim, busca-se destacar que a inserção do controle social no poder disciplinar, na condição de um mecanismo de administração, pode ser exemplo concreto para alcançar o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito em sua completude.

## **1. O controle social da Administração Pública Federal no Estado Democrático de Direito**

Abordar-se-á a seguir uma perspectiva geral da Teoria Constitucional e da Teoria Geral do Direito e suas repercussões no Direito Administrativo.

### **1.1. Limites da administração no Estado Social e os seus desafios na implementação do Estado Democrático de Direito**

Com a crise do Estado Liberal, no final do século XIX, e o surgimento do Estado Social, constata-se demandas sociais e políticas e a necessidade de um novo paradigma, capaz de assegurar uma nova interpretação dos

***A inserção do controle social no poder disciplinar, na condição de um mecanismo de administração, pode ser exemplo concreto para alcançar o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito em sua completude.***

ideais de liberdade e igualdade defendidos pelos teóricos liberais burgueses. Essa mudança acarretaria uma redefinição do rol dos direitos, com enfoque para a afirmação de direitos sociais (coletivos).

O Estado Social passa a intervir no poder econômico, com o objetivo de garantir o capitalismo, por meio da tutela de direitos aos indivíduos, incorporando os direitos sociais para além dos direitos individuais (direitos do trabalho, da previdência, da educação, da cultura, da saúde, do lazer, da segurança, da habitação).

Dessa concepção política do Estado, decorreria uma modificação na relação entre público e privado. No modelo do Estado Social, o público se resumia no Estatal, e o privado era visto como egoísmo. A participação política da sociedade civil limitava-se ao voto. Na interpretação de Carvalho Netto, “o grande problema desse paradigma constitucional é que ele propõe a cidadania e, ele próprio, gera tudo menos cidadania”.

No início da década de 1970, surgem os primeiros sinais da crise do Estado Social, caracterizada por problemas administrativos e fiscais, sobretudo pela ausência da materialização da cidadania por meio da participação ativa dos cidadãos nos processos de deliberação da sociedade política.

Despertou-se então a necessidade de uma nova interpretação para o Estado Social, voltada para a legitimação democrática de poder. É nessa perspectiva que nasce o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, partindo da ideia de cidadania ativa. A institucionalização do Estado Democrático, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, *caput*), foi uma grande afirmação da ordem constitucional brasileira.

Ao contextualizar tais paradigmas constitucionais e suas repercussões no Direito Administrativo brasileiro, verifica-se que essa disciplina não se adequou a essa nova realidade. Para Justen Filho:

*“O que parece é que a Democracia ficou à frente do Direito Administrativo brasileiro, que ainda padece de espírito não-democrático. Há ausência de uma disciplina democrática em grande parte da administração estatal. O Direito Administrativo brasileiro precisa ser reescrito visando buscar isso.”*

Não há dúvida de que o Direito Administrativo atual, sob todas as suas vertentes, necessita de uma reformulação, especialmente no que se refere ao clássico princípio administrativo da Supremacia do Interesse Público sobre os interesses privados. O desafio con-

temporâneo é estabelecer a distinção, na Administração, da dicotomia público-privado, de forma que não haja redução do interesse público ao que é estatal. Nessa linha de raciocínio, Justen Filho<sup>[2]</sup> explicita:

*“O interesse público não se confunde com o interesse do Estado, com o interesse do aparato administrativo ou do agente público. É imperioso tomar consciência de que um interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque suas características exigem a sua promoção de modo imperioso.”*

Muito embora tal princípio seja tratado como princípio normativo do Direito Administrativo, como alicerce fundamental do Direito Público, sua concepção atual em muito necessita de uma nova interpretação, à luz, sobretudo, dos princípios e fundamentos constitucionais, de modo a superar as deficiências existentes na assunção de um modelo típico do Estado Social e adequá-lo ao que se busca com o Estado Democrático de Direito. Nesse aspecto, cabe ressaltar o entendimento de Alice Borges:

*“Não se trata de desconstruir a supremacia do interesse público. Bem ao contrário, na atual conjuntura nacional, o que é preciso, mais do que nunca, é fazer respeitá-la, e integrá-la na defesa dos luminosos objetivos fundamentais de nossa Constituição, expressos em seu monumental artigo 3º.”*

Impende apontar ainda que a nova visão do Direito Administrativo deve se pautar também na Constituição como

horizonte de regulação da atuação da Administração Pública, em vez do enfoque exclusivo na literalidade da lei. A Carta Magna deve estar no centro da vinculação administrativa à juridicidade, de forma a adequar o Direito Administrativo contemporâneo aos pressupostos do Estado Democrático de Direito.

## 1.2. Interpretação do controle social no Estado Democrático de Direito

O advento da nova ordem democrática constitucional trouxe, em seu bojo, a partir do conceito de cidadania e da ampliação dos direitos do cidadão, a abertura do Estado à efetiva participação da sociedade em sua gestão e fiscalização. Tal possibilidade decorreu da necessidade de correção e acompanhamento dos atos estatais frente aos interesses da sociedade.

A Constituição Cidadã foi um marco na institucionalização de importantes instrumentos de fortalecimento da democracia direta. Por certo, não há como se reconhecer a democracia sem a possibilidade real de intervenção dos cidadãos nas ações do Estado.

Nesse contexto, conceitua-se o controle social da Administração Pública como uma perspectiva de fortalecimento de mecanismos da cidadania ativa. Em conceito abrangente, é imprescindível destacar a relação de controle com os princípios basilares que norteiam o Estado Democrático de Direito, conforme lição de Jacoby Fernandes:

*“Essa concepção (de controle), como facilmente se percebe, só pode permear*

*num país que adote um regime democrático. (...) O controle como uma função de Estado, exige, como o regime democrático, um grau de desenvolvimento da sociedade e dos agentes de administração para alcançar seu escopo, evoluindo de modo permanente, como num ciclo de realimentação permanente: democracia-controle-democracia.”*

Em sua acepção mais atual, conforme preceitua Sandra Pires Barbosa, “o controle social derivaria da ampliação da esfera pública e do enfraquecimento dos limites Estado/sociedade”. Continua a autora, afirmando que “a discussão tem aumentado diante da certeza de que é preciso não só que o aparato do Estado se torne realmente público, mas também que o espaço do público não se esgote no estatal”.

Em termos concretos, a dimensão das referências acerca da possibilidade de atuação direta dos cidadãos na fiscalização dos atos de gestão estatal encontra expressão jurídico-constitucional num complexo de regras e princípios dispersos pelo texto constitucional. A título exemplificativo, traz-se a lume alguns dispositivos destinados a instrumentalizar o controle social, tais como o art. 37, § 3º (direito à participação de usuário na Administração Pública direta e indireta) e o art. 74, § 2º (possibilidade de denúncias de irregularidades ao órgão de controle externo).

Na esfera infraconstitucional, foram produzidos normativos legais para incentivar o controle social na gestão dos recursos públicos, dentre os quais merece destaque especial a Lei Complementar 101, de 05 de maio de 2000, denominada de Lei de Responsabilidade Fiscal, cujo



***A discussão tem aumentado diante da certeza de que é preciso não só o aparato do Estado se torne realmente público, mas também que o espaço do público não se esgote no estatal.***

Capítulo IX cuida da transparência, do controle e da fiscalização. Tal lei é a própria expressão da inovação no ordenamento jurídico brasileiro relativa ao combate à corrupção, por meio de vias de participação democrática no controle das ações do Estado e dos próprios gestores públicos.

Afora o arcabouço jurídico interno, é crescente a preocupação internacional no sentido de estimular a prática da participação popular. Nesse contexto, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção reconheceu, em seus normativos, especificadamente em seu artigo 13, a necessidade de fomentar a participação ativa de pessoas e grupos que não pertençam ao setor público.

Com isso, aduz-se que toda essa estrutura normativa demonstra a preocupação mundial com a necessidade de incrementar a participação social nos atos de gestão pública. Isso porque se vincula a garantia de obtenção dos resultados a um controle social atuante, que possa apontar os fatos para a responsabilidade dos gestores públicos.

Nessa linha, interpretar o controle social é muito mais que permitir a pos-

sibilidade de intervenção dos cidadãos nas ações governamentais. É fundamental interpretá-lo como possibilidade de realização dos princípios constitucionais típicos do Estado Democrático de Direito.

### **1.3. Direito à informação como instrumento de exercício do controle social**

Pensar em democracia direta e efetiva por meio de instrumentos de controle dos atos de gestão estatal, pressupõe o acesso às informações públicas, pelo que o direito à informação se apresenta como um direito fundamental de cada cidadão.

O acesso à informação pública pressupõe um dos aspectos de materialização do direito à informação. Tanto o conhecimento quanto o acesso a tal informação são elementos do desenvolvimento da vida democrática. Nessa linha de raciocínio, Leme Machado<sup>0</sup> registra uma nova expressão: “Estado da Informação Democrática de Direito”. Para o autor, o conceito desse Estado “abrange a informação democrática, onde a isonomia possibilite a todos, sem exceção, acessar a informação existente, ou recebê-la, em matéria de interesse público ou geral”.

A importância do direito de acesso à informação constitui garantia da sociedade civil de receber dos órgãos públicos informações adequadas, claras, completas, verdadeiras, sem restrição do conteúdo que contenha matéria relativa ao interesse público. Isso porque a eficácia e a efetividade do controle social requerem o conhecimento do ci-

dadão acerca de instrumentos operacionais da política do Estado.

A consagração do direito da sociedade de receber informações públicas está consignada no elenco dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXIII:

*“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.”*

No âmbito da legislação internacional, a garantia da aplicação do direito de acesso à informação mantida por organismos públicos tem recebido significado jurídico próprio por muitos países. Nesse contexto, verifica-se a existência de convenções, declarações, dentre as quais cita-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Carta Democrática Interamericana da Organização dos Estados Americanos (OEA). Em síntese, tais regulamentos disciplinam a questão da transparência nos atos da Administração Pública.

No atual Estado Democrático brasileiro, o direito à informação guarda sintonia com o princípio da publicidade registrado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, o qual se concretiza em conjunto com a ideia de transparência pública. Com efeito, o direito à informação, o princípio da publicidade e a transparência pública são estabelecidos como regra na efetivação do Estado de Direito e de uma sociedade

democrática. Todavia, tal regra não é absoluta. A Carta Magna, no art. 5º, incisos XXXIII e LX, delimitou os casos em que, excepcionalmente, podem ser alegadas restrições a esses preceitos, como nos casos em que a segurança do Estado e da sociedade, a defesa da intimidade e o interesse social exigirem.

Por certo que, em regra, o sigilo e o direito à informação parecem ser antagônicos. Contudo, num Estado Democrático, por vezes, o sigilo também é necessário. Por outro lado, a alegação do segredo deve ser motivada pela Administração, de forma a evitar a perda da legitimidade democrática. Lúcia Figueiredo destaca que:

*“Decisões secretas, editais ocultos, mesmo a publicidade restrita ao mínimo exigido por lei (e conhecida de poucos), não atendem, de forma alguma, aos princípios constitucionais e, sobretudo, à transparência da Administração.”*

Desse modo, no contexto jurídico atual, verifica-se que a limitação de acesso à informação necessita de mudanças de paradigmas que possibilitem, por meio da interpretação jurídica, a ponderação da questão do sigilo administrativo em razão do direito de receber informações relativas aos atos públicos.

Tal entendimento se baseia no princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses privados, de modo que o sigilo seja analisado diante do caso concreto e limitado apenas em circunstâncias muito especiais, em que os danos à publicidade da informação sejam maiores que o interesse público – por exemplo, nos casos que envolvam

a segurança do Estado. Todavia, ainda nesses casos, a alegação de sigilo deve sempre estar fundamentada, a fim de evitar declarações desmedidas e sem propósito, que tenham por objetivo ocultar a prática de atos lesivos ao direito indisponível da sociedade e do interesse público.

O acesso aos conteúdos públicos de informação governamental é um direito fundamental, sem o qual não há participação efetiva da sociedade, nem concretização de um Estado Democrático de Direito.

## **2. O controle social do processo administrativo disciplinar**

### **2.1. Limites e possibilidades do controle social no processo administrativo disciplinar**

O controle social trata-se de um tema em ascensão na atual ordem jurídica constitucional brasileira. Em que pese a evolução desse instrumento, não se pode olvidar também que, no Brasil, a corrupção, cuja prática decorre do próprio corpo funcional, avança em maior proporção sobre a Administração Pública.

Observa-se, de forma muito comum e reiterada, por meio de notícias divulgadas em jornais, revistas e internet, o envolvimento de servidores públicos na prática de irregularidades, especialmente nos casos de valimento de cargo para proveito próprio ou de outrem, corrupção, improbidade administrativa, contrariando flagrantemente o interesse da coletividade.

Tais práticas promovem o descrédito da máquina pública. É certo que, se a atuação do administrador público não se fundamentar nos princípios constitucionais e nos preceitos legais que regem a Administração Pública, descumprindo o objetivo do bem comum que rege todo o proceder administrativo, provocar-se-á a violação de direitos fundamentais do cidadão.

Dessa forma, a aplicação do controle popular nos processos de responsabilização dos servidores públicos regidos pela Lei 8.112/90 pode ser fundamental, diante de sua essência de conferir transparência aos atos públicos, por meio da viabilidade de acesso à informação pública, como garantia da segurança jurídica.

Daí que pensar o controle social no Poder Disciplinar do Executivo Federal, na condição de mecanismo de administração, pode ser exemplo concreto de compatibilização com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, dentre os quais se destacam a moralidade, a publicidade, o acesso às informações públicas, a transparência na gestão pública e a participação social. Para essa concretização, é preciso assimilar mudanças condizentes com a limitação do modelo de Administração do Estado Social, evidenciando a necessidade de abertura a novas possibilidades no Estado Democrático.

Cumprе anotar que, no âmbito do Poder Disciplinar do Executivo Federal, essa forma de atuação da sociedade civil ainda não é abordada de forma clara e direta, tanto na doutrina quanto na legislação correspondente, bem como na própria atuação da estrutura admi-

**A aplicação do controle popular nos processos de responsabilização dos servidores públicos regidos pela Lei 8.112/90 pode ser fundamental, diante de sua essência de conferir transparência aos atos públicos, por meio da viabilidade de acesso à informação pública, como garantia da segurança jurídica.**

nistrativa. No entanto, no Estado Democrático, o povo é titular exclusivo da soberania, não devendo, *ex vis constitutione*, ser excluído do controle dessas instituições.

Destarte, a legislação que regulamenta a matéria deve ser interpretada à luz de nossa Constituição Federal. Nessa esteira, o artigo 150 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais assegura, ao desenvolvimento do procedimento apuratório, o sigilo necessário à elucidação do fato, ou exigido pelo interesse da administração, nos seguintes termos:

*“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.”*

Da análise literal do artigo observa-se que, comumente, é dada uma interpretação muito restritiva a esse normativo,

ignorando-se que a legislação não contemplou uma restrição taxativa da publicidade do processo disciplinar, tendo apenas assegurado o sigilo necessário à sua finalidade.

Contudo, é a partir dessa interpretação limitada que se extrai a necessidade de adequação do normativo aos pressupostos fundamentais de um Estado Democrático de Direito, visto que ainda existem tantos limites para a atuação direta dos cidadãos nos atos de gestão administrativa, especialmente no âmbito disciplinar.

Ora, se explicitamente a Constituição afirma que todo o poder emana do povo, o administrador não possui legitimidade para ocultar da sociedade as informações públicas sobre os atos relativos à gestão da máquina estatal. Ademais, não há dúvida de que todo proceder da Administração Pública, incluindo os procedimentos disciplinares, deverá ser desenvolvido sob a luz da publicidade, sendo o sigilo exceção a tal regra.

Em que pese a consagração constitucional que atribuiu ao povo o poder soberano, possibilitando a ele a atuação direta nos processos decisórios do poder público, como garantia da efetiva transparência estatal, destaca-se que o processo administrativo disciplinar se rege pela chamada “publicidade restrita”, no sentido de que os atos praticados devam ser públicos somente aos efetivamente interessados no processo. Aos terceiros que não tenham relação direta, o apuratório disciplinar será reservado, com vistas à garantia da elucidação completa dos fatos e à preservação da honra do agente público investigado.

Nesse ponto, não se pode olvidar que a preservação da intimidade, inserida na norma constitucional como direito humano fundamental, se relaciona com as condutas de ordem privada, identificadas no âmbito familiar, na vida espiritual ou no interior de cada indivíduo. José Afonso da Silva salienta que “a intimidade se caracteriza como a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.

Portanto, no contexto administrativo, o agente público, no desempenho de sua função, externaliza a vontade da Administração, que tem por finalidade administrar bens e direitos públicos, segundo o interesse da coletividade, diante do qual o segredo, fundamentado na preservação da vida privada, não deve se sobrepor.

O cenário constitucional atual não comporta a alegação de violação à intimidade quando se está em pauta o interesse público, consubstanciado como um direito indisponível da sociedade civil organizada. Aliás, a interpretação que tente ampliar tal prerrogativa à Administração Pública não se insere no contexto do Estado Democrático contemporâneo.

A par disso, a ausência de fiscalização popular no processo disciplinar pode gerar fragilidades no andamento do feito, bem como poderá ser aclamada como forma de ocultar ou até mesmo dissimular a prática de atividades ilícitas, que, em sua grande maioria, causa danos financeiros e sociais irreparáveis à Administração Pública e, conseqüentemente, ao administrado. Em contrapartida, a participação ativa

da sociedade pressupõe a garantia de imparcialidade da comissão e de um julgamento justo, no sentido de absolver o inocente e condenar o servidor culpado pela transgressão de normas funcionais.

Celso Ribeiro Bastos entende que:

*“A publicidade dos atos estatais e mais restritamente no caso dos atos da Administração tem sido uma preocupação constante no Estado de Direito. Só a publicidade permite evitar os inconvenientes necessariamente presentes nos processos sigilosos. O conhecimento, portanto, da atuação administrativa é indispensável tanto no que diz respeito à proteção dos interesses individuais como também aos interesses da coletividade em exercer o controle sobre os atos administrativos.”*

Entretanto, cabe salientar que não há dúvida de que existem inúmeras limitações para a implementação desse mecanismo de gestão da máquina disciplinar, de modo que não há como ignorar a interpretação restritiva usualmente conferida ao artigo 150 da Lei nº 8.112/90, a qual se vincula à literalidade da lei. Por outro lado, pensar esse problema significa pensar também os pressupostos do Estado Democrático de Direito e a superação dos limites do Estado Social, para buscar uma interpretação do poder disciplinar adequada à Constituição Federal.

Desse modo, para possibilitar a mudança dessa prática atual, faz-se necessária a leitura dirigida, por meio da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, com o intuito de conformar e aproximar leis infracons-

titucionais com as propostas e comandos estabelecidos na norma constitucional.

Nesse sentido, cumpre frisar que, no contexto jurídico contemporâneo, é necessário que a alegação de sigilo seja ponderada, de forma que o texto de lei não signifique ao administrador a norma pronta e literal, e sim a possibilidade de interpretá-la caso a caso.

Assim, no plano fático, quando houver colisão entre os direitos fundamentais, como no caso do direito à intimidade e o interesse público de publicidade do processo, caberá ao administrador analisar o caso concreto, em que se investiga até onde vai o sigilo em interesse do investigado e da Administração, até mesmo para assegurar a elucidação do fato, e até onde vai o interesse público de publicidade e de informação, isso tudo em consonância com a Carta Magna.

Nesse contexto, pode ser interessante pensar que a reinterpretação da Lei nº 8.112/90, no ponto discutido, pode gerar maiores ganhos objetivos à Administração Pública como um todo, especialmente no que se refere ao fortalecimento do controle social na gestão disciplinar.

Outrossim, cumpre anotar que não basta somente divulgar a informação, por meio da publicação dos atos acerca dos resultados alcançados do Processo Disciplinar. Isso porque a publicação, por si só, não remete aos pressupostos do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, é certo que a publicação é um dos canais de comunicação entre o Estado e o cidadão.

Nesse sentido, oportuno o entendimento de Amaral, para o qual, em linhas gerais, a publicidade vai além da publicação dos atos oficiais:

*“Por outro lado, a Constituição estará sendo melhor cumprida na medida em que a publicidade for seletiva e eficaz. E isso pressupõe algo mais do que a simples publicação dos atos oficiais. Pressupõe sobretudo, como escrevi no artigo anterior, a transparência administrativa, que está, por sua vez, ligada à noção de proximidade entre a Administração e o cidadão comum. Ou, como diz Karl Mannheim, à diminuição da “distância social entre a minoria (governante) e o homem da rua.”*

Em síntese, não basta ser obrigatória a publicação em alguns casos. É fundamental o acompanhamento efetivo da sociedade em todos os momentos do processo disciplinar, e isso só será possível por meio da interpretação jurídica adequada à ordem constitucional vigente no Brasil, como garantia da legalidade e da moralidade.

Desse modo, o processo de democratização relativo aos procedimentos de responsabilização de gestores públicos necessita, especialmente, de canais de comunicação entre as instituições públicas federais e os cidadãos, que facilitem a veiculação dessas informações. Na atualidade, a internet tem sido um instrumento eficaz da democracia brasileira. Por meio dela, é possível o exercício ou até mesmo a ampliação do controle público sobre o Estado.

Ao contextualizar essa concepção para a questão da efetividade na fiscalização dos procedimentos disciplinares,



extrai-se que a internet pode, nesses casos, contribuir positivamente para o crescimento democrático. Nessa sistemática, uma ferramenta adequada seria a criação de uma rede de comunicação específica nos órgãos executivos federais, cujo conteúdo traga um raio X das informações necessárias ao exercício do controle social, especialmente com uma linguagem clara e objetiva que alcance a todos os destinatários. A adoção de um modelo de acompanhamento do feito disciplinar aproxima a Administração Pública de seus administrados e dificulta a apropriação do público pelo privado, dando enfoque maior à atuação ativa do cidadão.

A Constituição Federal de 1988 exige uma nova versão do Direito Disciplinar, aberta ao controle popular, haja vista que a sociedade brasileira almeja uma atuação administrativa honesta, transparente, ética, eficiente, além de respostas efetivas às agressões da ordem administrativa, envolvendo agentes públicos.

## Conclusão

A Administração Pública Federal tem possibilitado a abertura de sua atuação ao controle da sociedade civil organizada. No entanto, ainda são necessárias mudanças no contexto administrativo, para a implementação efetiva desse instrumento, de modo que a Constituição Federal também seja o horizonte de regulação da Administração Pública, adequando-a ao que se espera de um Estado Democrático de Direito.

Na atual ordem jurídica, o acesso às informações públicas, assegurado cons-

titucionalmente como um direito fundamental de cada cidadão, pode ser a garantia da efetividade do controle social, por ser corolário do princípio da publicidade. A negativa desse direito fere diretamente o Estado de Direito Democrático.

Partindo de tais premissas, um dos maiores desafios do Poder Disciplinar, na esfera federal, especialmente na tramitação dos procedimentos de responsabilização de agentes públicos, consiste no enfrentamento da interpretação muito restritiva que comumente é dada ao artigo 150 da Lei 8.112/90, que garante o sigilo necessário para a elucidação dos fatos, bem como para a preservação da intimidade do investigado.

Diante dessa limitação jurídica, buscou-se demonstrar que a implementação do controle social nos procedimentos disciplinares é possível, por meio da interpretação constitucional sistemática, de modo que o administrador interprete de forma adequada o direito ao aplicá-lo, sem se limitar a uma interpretação literal da lei. O afastamento da cláusula de sigilo, analisado no caso concreto, permite ao administrador ponderar qual direito fundamental configurará perigo de lesão mais grave à Administração Pública, conformando o ordenamento jurídico brasileiro aos preceitos e às garantias esculpidos na Constituição Federal brasileira.

Entende-se que a ausência substancial de mecanismos fiscalizadores da máquina disciplinar acarreta inúmeras fragilidades ao Poder Disciplinar como um todo. Em contrapartida, o acesso às informações, por meio dos princípios da



publicidade e da transparência pública, pode possibilitar o controle das condutas dos agentes públicos, trazendo segurança jurídica ao feito disciplinar, proporcionando um caráter pedagógico e preventivo.

De forma geral, o que se busca com esse trabalho não é esgotar o debate sobre o tema, mas sim fomentar o assunto e a sua importância na atual ordem constitucional brasileira. A neces-

sidade de reflexão direcionada ao Poder Disciplinar faz-se progressiva na atualidade, tendo em vista o crescimento da corrupção no âmbito da Administração Pública.

O controle social no Poder Disciplinar do Executivo Federal pode ser exemplo eficaz e concreto de possibilidade da realização dos princípios constitucionais próprios do Estado Democrático de Direito.

### Referências Bibliográficas

CARVALHO NETTO, Menelick. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: Um pequeno exercício de teoria da constituição. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília: TST, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais. Disponível na Internet via <http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/O%20Direito.pdf> (Consultado em 10.06.2009).

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução? In: Interesse Público, Porto Alegre: Notadez, ano VIII, nº 37, maio/junho de 2006.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A ação de controle. Disponível na Internet via <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=336> (Consultado em 07.07.2009).

BARBOSA, Sandra Pires. Direito à Informação e Controle Social da Atividade Econômica. Teresina, Jus Navigandi, ano 2001. Disponível na internet via <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=2078&> (Consultado em 12.06.2009).

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito à Informação e Meio Ambiente. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, p.62 apud Machado, Paulo Affonso Leme. Direito à Informação e Meio Ambiente, São Paulo, Malheiros, 2006. p. 56.

ROSSETTO, Giordano da Silva. A Controladoria-Geral da União e a publicação dos relatórios de auditoria de gestão das Empresas Estatais à luz da transparência pública. Revista da CGU, Ano II – nº 2, outubro/2007.

DOTTI, René Ariel. Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 69, apud SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 206).

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 4ª edição. São Paulo, Saraiva, 2000.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra. Publicidade e Publicação dos atos administrativos. Disponível na Internet via <http://www.celc.com.br/comentarios/pdf/95.pdf> (Consultado em 23.06.2009).

# Aplicação da teleaudiência em procedimentos disciplinares

**Oswaldo Fernandes de Araújo**, bacharel em Direito (UniCeub), com especialização em Direito Disciplinar na Administração Pública (UnB) e em Análise de Sistemas (UCB). Analista de Finanças e Controle da CGU, atuando como membro e presidente de Comissões Disciplinares.

## Introdução

É notório que os avanços dos meios de telecomunicação, aliados à informática, vêm propiciando inovações arrojadas, como é o caso da realização de cirurgia a distância (telecirurgia), até a democratização do acesso às informações, encontrando-se, no Portal da Transparência, lançado pela Controladoria-Geral da União (CGU), em 2004, um exemplo, ao permitir o controle social da aplicação do dinheiro público.

Na esteira desse desenvolvimento tecnológico, no qual se sobressai a convergência digital, surgiu a videoconferência há mais de duas décadas. Atualmente, trata-se de uma solução madura e estável, a qual vem sendo usada no mundo dos negócios e também nas residências, por grande número de pessoas, para se comunicar com parentes e amigos em outros locais, podendo-se, inclusive, gravá-la em meio magnético ou em CD/DVD, para consultas posteriores.

Essa modernização já é vista no Poder Judiciário brasileiro, setor conservador por natureza, mas que desde

2002 teve o sistema de teleaudiências regulamentado pelo Tribunal de Justiça da Paraíba. Em 2005, foram editadas as Leis Estaduais nº 4.554/RJ e nº 11.819/SP, prevendo-se, inclusive, a inquirição de testemunhas.

Embora esse interrogatório virtual venha ocorrendo preponderantemente no campo penal, nada impede que ele seja estendido aos processos disciplinares, cujo formalismo moderado facilita a observância das garantias constitucionais dos acusados, levando-se os benefícios da eficiência, da economicidade e da efetividade à Administração, além de se permitir fazer frente ao grande volume de apuração de infrações funcionais em aberto, por escassez de pessoal treinado, em certas localidades.

Enfim, a videoconferência está presente no seio da sociedade contemporânea, ensejando que pessoas envolvidas, de alguma forma, em procedimentos disciplinares, independentemente de onde elas estejam, se no Brasil ou no exterior, possam prestar os esclarecimentos necessários ao deslinde da questão, agilizando a marcha processual.

Então, com o escopo de se apontar soluções juridicamente viáveis na esfera administrativa, para assegurar a celeridade processual e acabar com a cultura da impunidade, sem violar, todavia, os direitos fundamentais dos administrados em geral, procurar-se-á dar uma visão, inicialmente, sobre direitos fundamentais, Direito Disciplinar e sua natureza jurídica, normas subsidiárias aplicadas, garantias individuais e posição dos Tribunais Superiores relacionadas às formalidades na colheita de provas nos procedimentos disciplinares.

Já no segundo capítulo, o objetivo foi tecer considerações sobre a sociedade do conhecimento e o Direito, enfocando as iniciativas de utilização das novas tecnologias da Comunicação no âmbito dos Poderes Executivo e Judiciário e, em especial, a posição dos

***A videoconferência está presente no seio da sociedade contemporânea, ensejando que pessoas envolvidas, de alguma forma, em procedimentos disciplinares, independentemente de onde elas estejam, se no Brasil ou no exterior, possam prestar os esclarecimentos necessários ao deslinde da questão, agilizando a marcha processual.***

tribunais superiores em relação ao uso da videoconferência no processo penal.

E no último capítulo, buscou-se afinar para o “emprego do sistema de videoconferência nos procedimentos disciplinares”, questionando se o seu uso é eficiente, falando-se dos tipos de videoconferência, seu funcionamento e aspectos envolvendo o sigilo, bem como encaminhando proposta de treinamento de pessoal e de infraestrutura para sua implantação.

Conclui-se afirmando que é adequada o uso do sistema de videoconferência para oitiva virtual de acusados, testemunhas, advogados e colaboradores em procedimentos disciplinares.

## **1. Procedimentos disciplinares e direitos fundamentais**

A titularidade do direito de punir baseia-se no poder disciplinar outorgado pelo legislador nacional à Administração Pública direta e indireta. Por muito tempo, a função disciplinar ficou relegada a segundo plano, tendo essa situação começado a ser revertida a partir da criação e estruturação da Corregedoria-Geral da União (CRG) no âmbito do Poder Executivo Federal. Desde 2003 ela faz parte da Controladoria-Geral da União (Lei nº 10.683).

Com o advento do Decreto nº 5683/2006 (*aprova a estrutura regimental da CGU e dá outras providências*), foi atribuída à CRG a condição de Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, incumbindo-lhe prevenir possíveis desvios de

conduta dos empregados e servidores públicos. Caso eles venham a ocorrer, cuida-se para que sejam apurados e punidos os culpados. No exercício de suas atividades, a Corregedoria instaura investigações preliminares e sindicâncias patrimoniais, bem como verifica a regularidade dos procedimentos disciplinares conduzidos pelos órgãos e pelas entidades federais (unidades seccionais de correição dos ministérios, das autarquias e das fundações públicas), avocando-os, no caso de não agirem dentro das normas ou permanecerem inertes.

Essas apurações são realizadas à luz da ordem constitucional atual, respeitando-se a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, o Devido Processo Legal, entre outros direitos.

### **1.1. Natureza jurídica do Direito Disciplinar**

O Direito Disciplinar está dentro do Direito Administrativo, ramo pertencente ao Direito Público por excelência. Ele é composto por um conjunto de princípios, institutos e preceitos normativos, voltado a delimitar a atuação da Administração Pública no exercício de seu poder disciplinar, proporcionando as regras para instauração do processo e apuração da conduta do agente, por ação ou omissão, culminando com a sanção do responsável pelo descumprimento dos deveres funcionais e pela inobservância das proibições, nos termos do estatuto ou regulamento.

A tipicidade da conduta funcional guarda similaridade com a penal, não com o rigor daquele campo do direito. Porém, deve constar de diploma legal,

minimizando a subjetividade e a arbitrariedade na hora de se aplicar as normas punitivas aos agentes faltosos (Luciano de Faria Brasil, op. Cit., v. 53, p. 89-106).

E na busca da materialidade e da autoria, são utilizados os procedimentos

***A natureza jurídica do Direito Disciplinar é processual, ao possibilitar o levantamento dos atos e fatos de forma equilibrada; e sancionatória, ao se permitir a aplicação de penalidades a quem cometeu faltas disciplinares.***

disciplinares, pois no Estado Democrático de Direito não se pode punir somente baseado na verdade sabida, sendo necessário que a Administração Pública, direta ou indireta, respeite os direitos constitucionais dos imputados, oportunizando-lhes a ampla defesa e o contraditório no decorrer do desenvolvimento regular do devido processo disciplinar, com vistas a se chegar à verdade dos fatos, sob pena de o apuratório ser anulado pela autoridade julgadora ou pelo Judiciário.

Como se observa, a natureza jurídica do Direito Disciplinar é processual, ao possibilitar o levantamento dos atos e fatos de forma equilibrada; e sancionatória, ao se permitir a aplicação de pe-

nalidades a quem cometeu faltas disciplinares. Isso fortalece a moralidade administrativa e, por consequência, contribui para resgatar a credibilidade do cidadão no serviço público.

## 1.2. Normas subsidiárias aplicadas

As normas disciplinares estão esparsas pelo ordenamento jurídico pátrio, tendo-se como principais fontes (CGU. *Apostila de Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD) - Formação de Membros de Comissões*) a Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos servidores públicos civis federais). Há situações em que os preceitos desse Estatuto (arts. 143 a 182) são insuficientes para se chegar à verdade real dos fatos (Tourinho Fº, op. Cit., p. 12/13)<sup>1</sup>, havendo, muitas vezes, de se socorrer de outros ramos do Direito.

Diante de tais lacunas, operadores do direito, doutrinadores e tribunais<sup>2</sup> costumam valer-se, subsidiariamente, de regras, institutos e princípios constantes da Lei Geral do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei nº 9.784/1999 e alterações), do Código de Processo Penal (DL nº 3.689/1941 e revisões) e do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973 e atualizações).

1 “... as inúmeras restrições à prova e a própria natureza humana, de manifesta falibilidade (ah! as testemunhas...), obrigam o Juiz a chegar não à verdade real, verdadeira, mas àquela verdade que se apurou no processo, que, muitas vezes, não passa de verdade processual...”.

2 TRF4 - 2000.04.01.113256-5 – Ementa: Servidor público federal. Demissão a bem do serviço público. [...] 2) É consabido que ao processo administrativo disciplinar se pode aplicar subsidiariamente as normas de direito processual penal.

E dentro desse caráter subsidiário, desponta-se a oportunidade de se utilizarem os recursos tecnológicos necessários à implementação da teleaudiência em procedimentos disciplinares, por ocasião da realização de tomadas de depoimentos dos acusados, inquirições de testemunhas e oitivas de colaboradores em geral.

Analisando a parte do inquérito do Estatuto dos servidores públicos civis da União (Lei nº 8.112/90), constata-se que ela é vaga no tocante ao uso da tecnologia, não sendo contra nem a favor. Simplesmente deixa em aberto a possibilidade de se vir a empregar o sistema de videoconferência para se ouvir pessoas relacionadas ao processo, as quais se encontram distantes dos locais onde se processam as apurações e, independentemente de motivos, não podem ou não querem comparecer presencialmente às oitivas e aos interrogatórios para esclarecer os fatos sob apuração.

O que ele reforça, em seu artigo 153, é a obediência aos direitos fundamentais durante a instrução: “O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito”.

Uma vez que a Lei nº 8.112/90 não regula especificamente a aplicação da teleaudiência em processos disciplinares, busca-se, supletivamente, amparo na Lei nº 9.784 (Lei Geral do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal), a qual também é silente em relação à matéria. Todavia, ela elenca os princípios norteadores da Administração Pública, refor-

## **O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.**

quando que os atos prescindem de forma preestabelecida, devem ser praticados no horário de expediente da repartição pública e, caso não sejam realizados na sede do órgão ou entidade, deve ser informado o novo local ao interessado.

Continuando o esforço de integração, socorre-se do CPC, o qual foi alterado pela Lei nº 11.419/2006, incorporando o disciplinamento da informatização do processo judicial, a comunicação eletrônica dos atos processuais e o processo eletrônico. Ao incluir o § 2º no art. 154 naquele Código, autorizou a produção e a transmissão de termos e atos processuais por meio eletrônico; contudo, condicionou o uso a uma nova lei, a qual ainda não foi editada.

Então se recorre ao CPP, reformado recentemente pela Lei nº 11.900/2009, para permitir a "*realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência*". Em seu art. 1º, modificou os artigos 185 e 222 do CPP, delimitando explicitamente as situações excepcionais e as condições em que a videoconferência ou outro recurso tecnológico poderá ser usado para a realização virtual de interrogatório de réus, inquirição de testemunhas e tomada de declarações do ofendido. Diante desse permissivo legal, procurar-se-á

adequar a colheita de provas no âmbito dos procedimentos administrativos disciplinares, subsidiariamente, a essas regras de captura a distância, em tempo real, de áudio e vídeo.

### **1.3. As garantias individuais**

No Poder Executivo, foi criado o sistema de correição, em 2005, e, à medida que a Corregedoria-Geral da CGU vai formando seus quadros, mediante concurso público, treinamentos constantes e cursos de especialização voltados para a área disciplinar, a tendência é que se vá aumentando o respeito aos direitos fundamentais no desenvolvimento dos processos disciplinares.

Por parte dos administrados, a cada dia estão mais conscientes de seus direitos. Isso exige relações processuais mais maduras entre o Poder Público e eles. É comum impetrarem Mandato de Segurança (MS) em desfavor da Administração Pública, que nada mais é do que outra garantia individual do cidadão, no caso de inobservância de princípios como o do Devido Processo Legal, do contraditório e da ampla defesa, conseguindo até mesmo anular atos demissórios e obter a reintegração ao serviço público, conforme ocorreu no julgamento da 3ª Seção do STJ no MS nº 2005/0030834-5 (MS 10468/DF), por unanimidade.

### **1.4. Formalidades na colheita de provas em procedimentos disciplinares**

Em sua atividade de instrução probatória, a Comissão Processante ou Sindicante dispõe de ampla liberdade na coleta de provas, no sentido de es-

clarecer os fatos atribuídos aos investigados. Nessa persecução da verdade real, é importante que o colegiado oportunize a eles o verdadeiro exercício de seus direitos processuais, sob pena de se ter eivados de vício os atos praticados, ficando sujeitos a questionamentos de legalidade e constitucionalidade no âmbito do Poder Judiciário.

E quando essas questões são postas perante o STJ e o STF, observa-se que eles costumam se pronunciar sob o ângulo do cumprimento ou não, por parte da Administração Pública, dos comandos constitucionais referentes aos direitos e às garantias individuais, afirmando-se a regularidade do procedimento disciplinar em obediência ao Devido Processo Legal e a oferta de oportunidade de defesa e do contraditório, contando-se com todos os meios de prova disponíveis (incisos LIV e LV do art. 5º da CRFB/1988).

#### 1.4.1. Posição do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Vai na direção da observância ou não dos direitos fundamentais, ou seja, verifica se os acusados efetivamente tiveram a chance de exercitá-los. Na hipótese de se sentirem prejudicados, cabe a eles a comprovação “pas de nullité sans grief”. No caso do MS nº 2003/0173001-7, o demandante não conseguiu demonstrar o prejuízo, bem como ficou claro que a Administração respeitou os princípios do Devido Processo Legal, do contraditório e da ampla defesa. Assim, aquela Corte não anulou o PAD.

Noutro giro, considerando que a Administração não cumpriu os precei-

tos protetores do acusado, o STJ deu provimento ao recurso ordinário em MS nº 2005/0044783-5 (RMS 19741/MT), em razão de ter sido constatado o prejuízo à defesa por inobservância do Devido Processo Legal pela Comissão de Processo Administrativo.

Desses dois casos trazidos a lume, ficou evidente o posicionamento protetor do STJ às garantias constitucionais, dando sustentação aos trabalhos apuratórios que respeitaram os direitos fundamentais, ou anulando os processos em que esses direitos foram descumpridos.

#### 1.4.2. Posição do Supremo Tribunal Federal (STF)

No julgamento em prol da Administração, o STF, guardião da Constituição brasileira, por unanimidade, decidiu negar o pedido de anulação de ato de demissão formulado nos autos do MS nº 23.410-5/DF, haja vista que o impetrante exerceu regularmente seus direitos.

Já no julgado a favor do administrado, por maioria de votos, a 1ª Turma do STF deixou transparecer sua posição de fiel escudeiro dos direitos fundamentais, no RE nº 247.349-9/RS, ao provê-lo em parte, anulando o ato de desligamento de praça da Brigada Militar do Rio Grande do Sul e determinando o retorno à condição de estagiário, baseado no fato de o recorrente não ter tido a oportunidade de exercitar o seu direito de defesa.

Nesse caso concreto, deduz-se que o Recurso Extraordinário obteve êxito em função de o Tribunal a quo ter descon-



siderado que o destinatário, mesmo sendo um soldado da Polícia Militar do Rio Grande do Sul, ainda em estágio probatório, é sujeito de direitos individuais, merecendo participar de processo administrativo para apurar sua capacidade, na dicção da Súmula 21 do STF<sup>3</sup>, editada anteriormente à Constituição Federal de 1988.

Analisando o comportamento da Suprema Corte do País, infere-se que ela tem atuado firmemente respaldada na orientação emergente da atual Carta Maior, procurando dar efetividade, em especial, aos direitos fundamentais.

## 2. A sociedade do conhecimento e o Direito

As mudanças ocorridas nas últimas três décadas, em diversos setores da vida, têm-se refletido na área do Direito, a qual, ainda de forma tímida, vem paulatinamente assimilando o progresso tecnológico, tendo-se acelerado um pouco mais a partir do século XXI, para enfrentar os vários ilícitos praticados pelos internautas no ciberespaço, além de incorporar, em sua rotina, as facilidades decorrentes da tecnologia, para agilizar a concretização da justiça.

Também os poderes da República, movidos por esses ventos, procuram, constantemente, acompanhar a evolução tecnológica, para não perderem o controle da situação e fazerem frente às demandas da nova sociedade, acostumada a produzir novo saber e a ter

3 STF: "Súmula 21 - Funcionário em estágio probatório não pode ser exonerado nem demitido sem inquérito ou sem as formalidades legais de apuração de sua capacidade."

acesso instantâneo às informações em um mundo conectado.

No início, a participação no processo de modernização era pensada, pelas organizações em geral, principalmente do ponto de vista do incremento da produtividade e da melhoria da tomada de decisões. Contudo, trata-se de uma questão de sobrevivência delas em um mercado altamente volátil e competitivo, pois quem não souber tirar o melhor proveito do avanço tecnológico estará fadado a soçobrar na era do comércio e do governo eletrônicos.

### 2.1. Iniciativas de utilização das novas tecnologias no âmbito dos Poderes Executivo Federal e Judiciário

Após a abertura do mercado de informática no princípio da década passada, tem-se visto ações concretas a caminho do Estado digital (Cesar Rômulo Silveira Neto. Telecomunicações: Modelo para o Estado Digital), ora regulando o mercado, como ocorre na área de telecomunicações, ora definindo padrões, como no caso da televisão digital, e até mesmo informatizando seus serviços administrativos, tributários, jurídicos, entre outros.

Pode-se citar, a título de exemplo, a decisão corajosa tomada pelo Poder Executivo na área de arrecadação tributária, em 1997, quando a Receita Federal passou a receber, pela internet, as Declarações de Ajuste Anual do Imposto de Renda, haja vista que estava em jogo a questão do sigilo fiscal. Todavia, até hoje não se tem notícia de vazamento dessas informações fiscais.

Diga-se de passagem que, naquele ano, em torno de 500 mil contribuintes transmitiram suas declarações pela internet, em que pese os questionamentos sobre a validade jurídica dos comprovantes eletrônicos (Luís Carlos Cancellier de Olivo, op. cit., p. 30 e 31).

Digna também de ser lembrada é a iniciativa arrojada e precursora ocorrida na Justiça Eleitoral brasileira. Ela começou a informatização do processo eleitoral em 1986, pelo cadastramento eletrônico de cerca de 70 milhões de eleitores. Oito anos depois, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) totalizou o resultado das eleições gerais usando o seu sistema de computação central.

E a partir de uma proposta de urna eletrônica, elaborada por juristas e técnicos de informática, capitaneados pelo TSE, construiu-se a solução composta de hardware e software que foi empregada, em 1996, na informatização do voto de um terço dos cidadãos brasileiros, distribuídos por 57 municípios, aumentando-se para dois terços nas eleições de 1998 e atingindo 100% dos votos por meio eletrônico nas eleições de 2000, 2002, 2004 e 2006. Desde então, o Brasil tem-se destacado no exterior em virtude de se conseguir registrar a real vontade do eleitor brasileiro de forma moderna, ágil, segura e transparente, contribuindo para fortalecer a democracia no País (TSE. *Informatização da justiça eleitoral brasileira*).

Outra experiência exitosa, com mérito reconhecido internacionalmente (CGU. *Portal da Transparência já expõe mais de R\$ 5,6 trilhões do orçamento federal*), cuja finalidade precípua é a de incrementar o controle social dos gastos

públicos, trata-se da implementação do Portal da Transparência pela CGU, a qual está encarregada de disponibilizar e atualizar, na internet, os dados e as informações a respeito da execução orçamentária e financeira dos órgãos e das entidades da Administração Pública Federal direta e indireta – além de ter assumido a responsabilidade pelo desenvolvimento e pela manutenção das Páginas de Transparência Pública, visando dar efetividade ao Dec. nº 5.482/2005<sup>4</sup> e à Portaria Interministerial nº 140/2006<sup>5</sup>.

Merece destaque a precedência da Corregedoria do Departamento de Polícia Rodoviária Federal ao utilizar o sistema de comunicação Skype para inquirir testemunhas virtualmente, oportunizando aos acusados e seus representantes comparecerem fisicamente em um dos dois lugares para reinquirilos. O procedimento consiste na designação de Comissão Deprecada, a qual repassará instantaneamente cada pergunta da Comissão Deprecante à testemunha, incluindo as reinquirições feitas pelos acusados e seus procuradores. Ao final, são impressos o termo e a ata de audiência, local e remotamente, colhidas as assinaturas dos presentes, sendo as vias produzidas pela Comissão Deprecada enviadas, pelo malote, à Deprecante.

No Poder Judiciário paulista (Juliana Fioreze, op. cit., p. 109), em 1996, duas

4 Dec. nº 5.482/2005 - Dispõe sobre a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da administração pública federal, por meio da rede mundial de computadores – internet.

5 Portaria Interministerial nº 140/2006 - Disciplina a divulgação de dados e informações pelos órgãos e entidades da Adm. Pública Federal, por meio da rede mundial de computadores (internet), e dá outras providências.

iniciativas pioneiras, envolvendo o interrogatório *on-line* de réu preso foram realizadas, de forma rudimentar, pelo Dr. Edison A. Brandão, Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Campinas-SP, e pelo Dr. Luiz Flávio Gomes, Juiz de Direito da 26ª Vara Criminal de São Paulo-SP.

Em 2002, o Presidente do Tribunal de Justiça da Paraíba inovou, ao baixar a Portaria nº 2.210, regulamentando o sistema de teleaudiência. Esse canal de comunicação audiovisual, entre o juiz da Vara de Execução Criminal de João Pessoa e os presos na Penitenciária do Róger, minimizou a perturbação da ordem pública durante o deslocamento de presos no trecho presídio-Fórum-presídio (Revista Eletrônica Consultor Jurídico, op. cit.).

Alguns Estados brasileiros editaram leis oficializando o uso de recursos de videoconferência na tomada de depoimento e na realização de interrogatório, como o Rio de Janeiro (Lei nº 4.554/2005) e São Paulo (Lei nº 11.819/2005).

## **2.2. O debate sobre a videoconferência no processo penal**

O normal é haver polêmica no mundo jurídico, um campo contraditório por natureza, imperando a dialética. Acredita-se que as novidades somente passam a ser pacificamente usadas após longo período de turbulência. Foi assim quando da introdução da datilografia e da taquigrafia na lida forense, e não tem sido diferente na atualidade em relação ao emprego de tecnologia nas varas penal e de execução criminal para ouvir réus e condenados, havendo argu-

mentos acalorados tanto para os que aprovam quanto para os que rejeitam tal procedimento.

Convém, antes de abordar as divergências desses grupos oposicionistas, apresentar os vários tipos de manifestações processuais (Dr. Vladimir Aras, op. Cit.), visando dar uma ideia mais ampla do assunto sob estudo:

“a) o teleinterrogatório, para tomada de declarações do indiciado ou suspeito, na fase policial, ou do acusado, na fase judicial;

b) o teledepoimento, para a tomada de declarações de vítimas, testemunhas e peritos;

c) o telerreconhecimento, para a realização de reconhecimento do suspeito ou do acusado, à distância, ato que hoje já se faz com o uso de meras fotografias;

d) a telessustentação, ou a sustentação oral a distância, perante tribunais, por advogados, defensores e membros do Ministério Público;

e) o telecomparecimento, mediante o qual as partes ou seus advogados e os membros do Ministério Público acompanham os atos processuais à distância, neles intervindo quando necessário;

f) a telessessão, ou a reunião virtual de juízes integrantes de tribunais, turmas recursais ou turmas de uniformização de jurisprudência;

g) a telejustificação, em atos nos quais seja necessário o comparecimento do réu perante o juízo, como em casos de sursis processual e penal, fiança, liberdade provisória, etc.”.

No dizer desse autor, a utilização do aparato tecnológico para realizar a colheita de provas usando o teledepoi-

mento e a telessustentação não encontra tanta resistência como o teleinterrogatório. Esse procedimento *on-line* encontra oponentes de peso, tais como a Associação dos Juizes para a Democracia, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e a Associação dos Advogados de São Paulo.

Fazendo-se coro a essas entidades e a alguns doutrinadores, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, a partir do parecer dos Conselheiros Ana Sofia e Carlos Weis, também se posicionou contra o emprego do interrogatório *on-line*, em razão da ausência de previsão de audiência virtual no CPP, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) garantirem “o direito do réu preso de ser conduzido à presença de um juiz” (Ronaldo Batista Pinto, op. cit.).

Os que desaprovam o interrogatório, via sistema de videoconferência, arguem a nulidade dos atos processuais praticados com apoio dessa tecnologia, esteiados nos precitados atos internacionais, adotados pelo Brasil, e no texto do art. 185 do CPP (“*o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária*”)<sup>6</sup>, significando restritivamente que o réu tem direito de estar fisicamente presente no mesmo recinto em que o juiz estiver conduzindo a audiência.

Acrescentam o patente prejuízo que a falta de contato pessoal entre juiz e réu causa ao conjunto dos direitos e das

garantias individuais, haja vista que o réu pode ser coagido no ambiente em que esteja preso, assim como o juiz poderá vir a ter dificuldade de fazer a leitura dos elementos psicológicos dessa pessoa que se encontra sob julgamento.

Outro obstáculo ao uso de oitiva virtual é a afronta ao princípio da publicidade, considerando-se que o acompanhamento do ato processual ficaria prejudicado, em função das dificuldades de se liberar a entrada de muitas pessoas nos presídios onde o preso participará do interrogatório de corpo presente.

Os adeptos da aplicação dos meios eletrônicos na colheita de provas no âmbito do processo penal amparam-se no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 (“meios que garantam a celeridade de sua tramitação”)<sup>7</sup>, justificando que a agilidade da marcha processual passou a ser um comando constitucional, devendo as instâncias judicial e administrativa garantirem sua efetividade, por ser útil não só à pacificação social, como também ao preso, que pode ter seu caso resolvido de maneira mais ágil pelo juiz.

Argumentam que o interrogatório virtual contribui para a manutenção da ordem pública, mesmo que só usado residualmente, ao superar problemas de condução de perigosos acusados no trajeto prisão-Fórum-prisão, como tentativa de fuga e de resgate de preso, planejamento e execução de grande esquema de segurança (liberação de policiais para

6 DL nº 3.689/1941: “Art. 185. 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. (Redação dada pela Lei nº 10.792/2003)”.

7 CF/88: “art. 5º (...) 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.”

exercer atividades ostensivas e investigativas de interesse da população).

Esses defensores alargam o entendimento da primeira parte do *caput* do art. 185 do CPP – “*comparecer perante a autoridade judiciária*” – para comportar interpretações do tipo comparece-se ao processo, por meio de comunicação processual, o procurador ou o próprio réu que impetra *habeas corpus* para relaxamento de prisão ilegal; ou, nos termos do art. 570 do CPP<sup>8</sup>, ao alegar vícios nos atos de citação, intimação ou notificação, sana-os.

Eles admitem não apenas a presença física no ambiente forense, mas a possibilidade de estender a abrangência da ideia de comparecimento para abarcar também a presença virtual como formas equivalentes de o réu exercer a sua autodefesa perante o juízo. O Dr. Aras lembra que o teleinterrogatório é adotado em “nações democráticas da Europa”, “sem qualquer lesão a direitos individuais de imputados”, e fala dos aspectos temporal e espacial:

“A presença virtual do acusado, em videoconferência, é uma presença real. O juiz o ouve e o vê, e vice-versa. A inquirição é direta e a interação, recíproca. No vetor temporal, o acusado e o seu julgador estão juntos, presentes na mesma unidade de tempo. A diferença entre ambos é meramente espacial. Mas a tecnologia supera tal deslocamento, fazendo com que os efeitos e a finalida-

8 CPP: “Art. 570. A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.

de das duas espécies de comparecimento judicial sejam plenamente equiparados. Nisto, nada se perde.”

**“Estar presente” hoje não significa apenas estar no mesmo ambiente físico.** Há algo mais num panorama em que as linhas do horizonte a cada dia mais se ampliam. A presença virtual é também um “estar aqui” real. O ciberespaço permeia todos os ambientes do planeta onde exista um computador, um telefone celular, um pager ou um equipamento eletrônico de comunicação. Afinal, como ensinou Albert Einstein, os conceitos de tempo e espaço são relativos. **No mundo cibernético, “estar aqui” é também “estar aí” e “estar lá”.**

A possível ofensa ao princípio democrático da publicidade é rebatida pelos que militam a favor do teleinterrogatório em tempo real (Ronaldo Batista Pinto, op. cit.), posto que, excetuando o previsto no § 1º do art. 792 do CPP<sup>9</sup>, é amplo o acesso à sala de audiência no fórum para quem quiser acompanhar o interrogatório *on-line*. Conquanto o réu não esteja fisicamente presente no estílo tradicional, a voz e a imagem dele são transportadas instantaneamente, por meio de recursos de telecomunicações e de informática, até o local onde o juiz e os demais participantes da audiência se encontrem.

9 CPP: “Art. 792. (...) § 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

### 2.3. A posição dos tribunais superiores em relação ao uso da videoconferência no processo penal

A União detém a competência privativa para legislar sobre matéria de natureza processual<sup>10</sup>. Porém, diante da omissão do Congresso Nacional, alguns estados brasileiros deram soluções variadas para o emprego de recursos audiovisuais na tomada de depoimento e na realização de interrogatório. Uns editaram leis, como Rio de Janeiro e São Paulo; outros baixaram normas infralegais, como a Paraíba, que regulamentou por meio de Portaria. À época, as decisões dos tribunais superiores eram oscilantes entre admitir ou não a aplicação dos mencionados meios.

O caso que subiu ao STF nasceu do inconformismo da Defensoria Pública paulista com o indeferimento de *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Aquela impetrou *habeas corpus* no STJ (57.853-SP), para anular processo-crime em que dois acusados foram interrogados, via sistema de videoconferência, alegando ofensa aos direitos fundamentais, bem como a inconstitucionalidade da Lei nº 11.819/2005-SP, que instituiu tal sistema sem ter a devida competência, pois se trata de matéria da alçada da União.

Em 09/02/2007, o Min. Nilson Naves do STJ, em decisão monocrática, no HC 57.853-SP, invocando farta jurisprudência da Casa, manteve a posição do TJSP, argumentando que:

10 CF/88: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”.

“a) não restou demonstrado o prejuízo aos pacientes durante a teleconferência (não vige o princípio da identidade física do juiz no processo penal), tendo os direitos processuais deles, constitucionais e legais, sido respeitados; e

b) a arguição de inconstitucionalidade da lei estadual não procede, pois o Estado legisla sobre “procedimentos em matéria processual”, dentro de sua competência concorrente nos termos do inc. XI do art. 24 da CF88.”<sup>11</sup>

Aquela Defensoria levou sua tese até o STF, no qual, finalmente, encontrou guarida. Todavia, não sem antes ter sido cogitado como possível, pela relatora Ministra Ellen Gracie, o interrogatório via videoconferência, por entender que “o tema envolve procedimento” (CF88, art. 24, inc. XI), “e não processo penal”

**A tecnologia da informação faz parte também do cotidiano das instituições públicas, quer desenvolvendo e implantando novas aplicações, quer incorporando facilidades resultantes da convergência digital.**

(CF88, art. 22, inc. I). Entretanto, ela propôs que o julgamento do HC 90900-SP fosse afetado ao plenário em razão da identidade de matéria com o HC

11 CF88: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) XI - procedimentos em matéria processual”.

92590-SP, o que foi acatado unanimemente pela Segunda Turma.

Em 30/10/2008, na sessão plenária do STF para julgamento do HC 90.900-SP, afirmando que “a matéria é de processo e sendo de processo a União detém o monopólio, a exclusividade para estabelecer a disciplina legal na matéria” e reconhecendo que “a lei estadual viola flagrantemente a disciplina do artigo 22, inciso I, da Constituição da República”, o Min. Menezes Direito iniciou a divergência, tendo sido seguido por mais oito ministros, no sentido de declarar a inconstitucionalidade da lei paulista nº 11.819/05, que regulou o uso da videoconferência naquela unidade da federação; anular o processo penal; e conceder alvará de soltura em favor do interrogado virtualmente.

### 3. A videoconferência nos procedimentos disciplinares

O Brasil desponta como um dos principais países do planeta na utilização da tecnologia. Isso se evidencia no dia a dia de sua população, que faz movimentação bancária, vota, ajusta contas com o fisco, exerce o controle social, ajuíza ação civil eletronicamente, entre tantas outras situações.

A tecnologia da informação faz parte também do cotidiano das instituições públicas, quer desenvolvendo e implantando novas aplicações, quer incorporando facilidades resultantes da convergência digital, como o serviço, criado pela Receita Federal, de envio de mensagem de texto para o celular do contribuinte, avisando-o de que foi liberada sua restituição.

Na área do direito disciplinar, o emprego de recursos tecnológicos ainda é limitado diante das possibilidades disponíveis. Embora já venham sendo usados na edição de texto e de planilhas, na realização de pesquisas nos sistemas informatizados da Administração Pública, eles poderiam ser utilizados também para informatizar o processo administrativo, praticar atos de instrução processual – como, por exemplo, efetuar inquirições de testemunhas e oitivas de acusados e colaboradores, com respaldo no inc. LXXVIII do art. 5º da na CF/88, acrescido pela EC nº 45/04, que diz que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Como se verifica, esse comando inseriu, explicitamente, um dos princípios da Administração Pública, o da eficiência – insculpido no caput do art. 37 da CF/88 –, no rol dos direitos e das garantias fundamentais dos administrados, tornando certo que todos, sem exceção, tenham direito à prestação jurisdicional ou administrativa dentro de um tempo razoável, não podendo o processo se arrastar indefinidamente pelas repartições públicas.

Havendo arrimo constitucional, um dos caminhos para oficializar o uso da videoconferência em procedimentos disciplinares poderia ser a apresentação de projeto de lei, incluindo parágrafo terceiro ao art. 158 da Lei nº 8.112/90, a qual regula o processo administrativo disciplinar na Administração Pública direta, nas autarquias e nas Fundações Públicas Federais, como a seguir:

“Projeto de Lei nº \_\_\_\_/2009.



Altera dispositivo da Lei nº 8.112, de 11/12/90 - Regime jurídico dos servidores públicos civis federais, para incluir a realização de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência.

Art. 1º O art. 158 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 - Regime jurídico dos servidores públicos civis federais, passa a vigorar acrescido do parágrafo terceiro com a seguinte redação:

“Art. 158. (...)

§§ 1º e 2º (...)

§ 3º O depoimento poderá ser realizado à distância, por meio de videoconferência ou de outro recurso tecnológico, em tempo real, bem como registrado em mídia, permitida a presença do acusado e de seu procurador em quaisquer das salas onde se encontrar a Comissão ou o depoente.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

E para abranger os empregados públicos das estatais, uma alternativa viável seria adequar a Lei nº 9.784/1999 (Lei Geral de Processo Administrativo)<sup>12</sup>, para estender a possibilidade de se realizar teleinterrogatório, em tempo real, dos acusados vinculados às estatais, bem como ouvir as respectivas testemunhas e colaboradores, conforme proposta abaixo:

“Projeto de Lei nº \_\_\_\_/2009.

Altera dispositivo da Lei nº 9.784, de 29/01/99 - Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, para incluir a realização

de interrogatório e outros atos processuais por sistema de videoconferência.

Art. 1º O art. 29 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 - Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal direta e indireta, passa a vigorar acrescido do § 3º com a seguinte redação:

“Art. 29. (...)

§§ 1º e 2º (...)

§ 3º O depoimento poderá ser realizado à distância, por meio de videoconferência ou de outro recurso tecnológico, em tempo real, bem como registrado em mídia, permitida a presença do acusado e de seu procurador em quaisquer das salas onde se encontrar a Comissão ou o depoente.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Visando contribuir com a celeridade processual, enquanto o projeto de lei retromencionado tramita no Congresso Nacional, poder-se-ia aplicar, nos procedimentos administrativos disciplinares, subsidiariamente por analogia em cada caso concreto, as disposições do CPP após o advento da Lei nº 11.900, no que couberem, referentes ao uso do sistema de videoconferência nas oitivas em geral, até que a CGU baixe Instrução Normativa disciplinando, no âmbito do Poder Executivo Federal, a execução da Lei nº 8.112/1990 em relação à colheita de provas com o emprego desse sistema.

Enquanto, no Processo Penal, é exceção o uso do sistema de videoconferência para realizar audiências com a presença virtual do réu, em razão de ele pertencer a organização criminosa, vir a influenciar as vítimas ou colocar em risco a ordem pública, nos processos disciplinares, pode ser a regra, em função

12 Lei nº 9.784/1999: “Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta...”

do formalismo moderado, tanto pelo caso de doenças como por conveniência dos envolvidos e colaboradores, uma vez que não costumam estar presentes aquelas circunstâncias, tampouco ser necessário o face a face, defendido pelos que acham importante a leitura do juiz das ações e reações dos acusados.

A efetiva atuação do Sistema de Correição da União tem gerado grande demanda por apurações de supostas irregularidades praticadas por servidores e empregados públicos, estando a requerer novos instrumentos que possam agilizar a instrução processual. Nesse contexto, a audição de acusados, testemunhas, advogados e colaboradores, feita por meio do sistema de videoconferência, colaborará para:

a) aumentar a produtividade dos órgãos, em virtude de reduzir a necessidade de viagens dos membros das comissões para outras localidades, permitindo que eles continuem na linha de produção de seus setores, inclusive participando simultaneamente de outras comissões;

b) aperfeiçoar a qualidade das audiências, pelo fato de sua gravação em mídia levar a uma postura mais profissional de todos os participantes; e

c) apurar mais em menos tempo, prevenindo a ocorrência da prescrição.

No tocante aos advogados, é de se prever que a adoção dessa solução não encontre maiores resistências, considerando a baixa probabilidade de vir a ocorrer algum vício de vontade que possa comprometer a busca da verdade real. Espera-se que essa solução proporcione benefícios a eles, uma vez que o ato ficará registrado em mídia, a qual,

posteriormente, poderá ser usada no Judiciário para demonstrar possíveis prejuízos aos seus clientes.

### **3.1. É eficiente o uso do sistema de videoconferência nos procedimentos administrativos disciplinares?**

Sem querer ser evasivo, nem alongar a discussão em busca do conceito jurídico de eficiência, pode-se partir da singela ideia de se obter o máximo de resultado com o mínimo de recursos. No caso, procura-se saber se o uso do sistema de videoconferência nos procedimentos disciplinares permitirá ampliar o número de apurações, com redução de despesas.

Na área penal, é mais fácil de se fazer essa justificativa, tendo em vista o alto custo de transporte do preso, que mobiliza, por vezes, forte esquema de segurança e até aeronave para deslocá-lo de um Estado a outro, a fim de participar de audiência – conforme cifras noticiadas na imprensa, girando na ordem de trinta mil reais por viagem.

Não ocorre o mesmo na esfera administrativa, porque aquele aparato todo é dispensável. Basicamente, a despesa está relacionada a diárias e a passagens dos membros da Comissão ou do acusado, por ocasião de seu interrogatório, se for menos dispendioso para a Administração. Contudo, acredita-se que o custo de implantação da solução em apreço, de alta qualidade, seja amortizado em menos de dois anos, dependendo:

a) do volume de recursos despendidos com diárias, deslocamentos, pas-

sagens e taxas de embarque. Para os Estados do Ceará, de São Paulo, da Bahia, do Paraná, de Santa Catarina, do Pará, de Pernambuco e do Rio de Janeiro, o tempo de retorno será menor, em razão do histórico de viagens feitas para esses destinos;

b) da extensão de seu uso para outras atividades: cursos telepresenciais, telereuniões para avaliação, planejamento, troca de experiências e uniformização de entendimento da Corregedoria-Geral da União.

Outro ponto positivo, relacionado à eficiência, é o incremento da produção dos membros de Comissões, permitindo que eles continuem atuando em seus setores de exercício e em mais comissões, contribuindo para aumentar a celeridade processual e melhorar a imagem do sistema correicional perante a opinião pública, a custos menores.

### 3.1.1. Tipos de videoconferência e seu funcionamento

A integração de áudio, vídeo e dados aos recursos de telecomunicações, usando protocolos padronizados, permitiu popularizar e melhorar a qualidade do que se convencionou chamar de videoconferência, a qual propicia o contato instantâneo e interativo entre pessoas que se encontram em locais distribuídos geograficamente.

Quando realizada entre duas localidades, chama-se comunicação ponto a ponto, podendo ter um participante ou um grupo em cada uma das duas pontas (Charles Suhett Spínola. *Adoção da Tecnologia de Videoconferência no SERPRO e Governo Federal*). Essa é a

situação mais comum na realidade dos trabalhos apuratórios.

Pode-se exemplificar com a necessidade de se inquirir uma testemunha que esteja em outra unidade da federação, estando a Comissão, o acusado e seu advogado em Brasília. Para realizar esse ato, na cidade onde a testemunha se encontra, será designado um secretário *ad hoc* pelo presidente da Comissão, que lhe enviará mandado de intimação, a fim de convocar a testemunha para prestar o depoimento. Nesse ato, menciona-se, além dos dados próprios, que serão usados equipamentos de videoconferência. Em Brasília, homenageando os princípios da ampla defesa e do contraditório, a Comissão notificará o acusado e seu procurador acerca da inquirição daquela testemunha, informando-lhes dia, hora, local, bem como que o ato acontecerá com o auxílio de meios eletrônicos, facultando-lhes o comparecimento para reinquiri-la, aqui ou onde se encontre a testemunha.

Outra conexão é a multiponto, ocorrendo entre três ou mais locais distintos. Nesse caso, os terminais de videoconferência de cada sala de audiência interagem com a Unidade de Controle Multiponto (MCU), que gerencia os “recursos de chamada, estabelecimento da conexão, negociação de capacidades e encerramento da conexão” (Charles Suhett Spínola, *op. cit.*), permitindo que áudio, vídeo e dados da multiconferência fluam de forma integrada.

Esse tipo será útil quando os participantes estiverem dispersos por mais de duas cidades, especialmente em virtude de a tecnologia propiciar maior flexibilidade no desenvolvimento da fase ins-

trutória, ao permitir que se ouçam os envolvidos no processo, sem que se desloquem até onde a Comissão está instalada. Tampouco esta precisará se deslocar para diversos locais para produzir as provas. A operacionalização da teleaudiência multiponto será feita por secretário ad hoc em cada sala de audiência onde haja a participação de legitimado para o ato.

### 3.1.2. Aspectos relacionados ao sigilo dos procedimentos disciplinares

Ressalte-se que os atos dos processos disciplinares são públicos e transparentes unicamente ao acusado e seu procurador, com quem a comissão e as autoridades intervenientes não podem agir de forma dissimulada, escusa, sigilosa e oculta. Em regra, esses atos são regidos pela “publicidade restrita”, em virtude de sua natureza reservada tanto para atender ao interesse da administração na elucidação do fato quanto para preservar a imagem e a honra do servidor.

Desse modo, é fundamental que o serviço de videoconferência seja realizado em ambiente seguro, liberando-se o acesso somente às pessoas autorizadas. E no afã de efetivamente vedar a terceiros o conhecimento do conteúdo daqueles atos processuais, o Poder Público deve ser cauteloso, providenciando os mecanismos de segurança vitais à realização dos atos virtuais em ambientes protegidos da curiosidade alheia. Entre eles, é importante implementar os seguintes, objetivando garantir a privacidade na rede corporativa de videoconferência:

- a) criptografia: essencial para codificar e decodificar a comunicação entre os diferentes participantes, prevenindo que intrusos decifrem as mensagens;
- b) firewall: visa bloquear acessos prejudiciais a um computador ou uma rede<sup>13</sup>.

Com a evolução desses mecanismos, emerge a possibilidade de se estender a produção de provas para lugares fora da rede de videoconferência segura. A exemplo do envio da Declaração do Imposto de Renda pelos contribuintes de qualquer parte do planeta, usando certificação digital ou outra forma de autenticação, vislumbra-se o mesmo aos envolvidos em apurações disciplinares, para prestar seus esclarecimentos com segurança, de onde se tenha um computador conectado à internet.

### 3.1.3. Infraestrutura para implantação de videoconferência

Quanto maior a disponibilidade e a qualidade, maior será a credibilidade nos serviços de videoconferência. Daí a importância de se investir em um sistema corporativo profissional, para se garantir esses aspectos. Deve-se iniciar pela seleção do padrão que sustentará a plataforma tecnológica de videoconferência, visando dispor de mais pessoal treinado para suporte e de interoperabilidade entre produtos de vários fabricantes, para não se ficar refém de soluções proprietárias, que costumam elevar os custos de aquisição e de manutenção.

13 Firewall: “É o nome dado ao dispositivo de uma rede de computadores que tem por objetivo aplicar uma política de segurança a um determinado ponto de controle da rede”. In <http://pt.wikipedia.org/wiki/Firewall>.

Nesse particular, a escolha restará simplificada para a CGU, em virtude de órgãos como Presidência da República, Receita Federal e MPOG, liderados pelo Serpro<sup>14</sup>, já terem adotado a tecnologia de videoconferência, baseada na recomendação H-323<sup>15</sup> da série H do ITU-T<sup>16</sup>.

Nela, foi padronizada a codificação e a decodificação de fluxos de dados de áudio e vídeo, assim como a especificação de controle e sinalização de chamadas, transporte e controle de multimídia e da largura de banda para conferências ponto a ponto e multiponto.

Esse padrão H.323 define a estação multimídia (Terminal CODEC) como um dispositivo essencial e outros três opcionais: MCU (unidade de controle multiponto para conectar três ou mais participantes simultaneamente, centralizando os pedidos de chamada); Gateways (permite que terminais H.323 se comuniquem com outros padrões H.3xx); e Gatekeeper (centraliza os pedidos de chamada e gerencia a banda usada pelos usuários, prevenindo sobrecarga na rede com elevadíssimas taxas de transmissão).

Adicionalmente ao elemento básico de videoconferência para sala com MCU interna (terminal CODEC tipo grupo), necessita-se, em cada sala de audiência,

14 Spínola, Charles Suhett. Analista de redes do SERPRO, atua na área de suporte ao serviço de rede WAN, com foco na implementação e suporte do serviço de Videoconferência Corporativa do Serpro.

15 O padrão H.323 é parte da família de recomendações ITU-T (International Telecommunication Union Telecommunication Standardization sector) H.32x, que pertence a série H da ITU-T, e que trata de "Sistemas Audiovisuais e Multimídia". Vide <http://pt.wikipedia.org/wiki/H.323>.

16 Organização responsável por coordenar padronizações relacionadas a telecomunicações. Vide <http://pt.wikipedia.org/wiki/ITU-T>

de uma televisão de LCD ou de plasma de pelo menos 42 polegadas e outra televisão de 26 polegadas para retorno, gravadora de DVD, para armazenar o conteúdo da audiência, câmera de documentos, scanner profissional e microfone ambiental multidirecional para salas mais amplas.

Quanto à largura de banda para suportar o tráfego de áudio, vídeo, dados e controle, com boa qualidade durante as audiências telepresenciais, recomenda-se a velocidade de conexão entre 384 a 768 Kbps. Isso está resolvido na Capital Federal com a INFOVIA (Rede metropolitana de alta velocidade que interliga os principais Órgãos Federais em Brasília), mas deve ser observado por ocasião da integração das regionais da CGU.

Compõe o conjunto o preparo adequado das salas de audiência quanto à iluminação, ao isolamento acústico e às redes lógica e elétrica, com o propósito de perfeito funcionamento da solução, garantindo-se alta disponibilidade e boa qualidade de áudio e vídeo.

Por fim, propõe-se a instalação de aplicativo em computador dedicado para gerenciar, nacionalmente, a configuração, a manutenção e a agenda (teleaudiência, telerreuniões, palestras e treinamentos) do sistema de videoconferência (Charles Suhett Spínola, op. cit.).

#### 3.1.4. Treinamento de pessoal

Quanto mais capacitados os membros de comissão e a equipe de suporte técnico, menor será a necessidade de remarcar as audiências e de se ter de lidar com alegações de cerceamento de

defesa, contribuindo significativamente para o sucesso das oitivas virtuais.

Assim, além da qualificação dos membros sobre o que é videoconferência, a função dos vários dispositivos, como configurá-los e operá-los, é interessante incluir no conteúdo programático o desenvolvimento de habilidades para atuar no mundo da multimídia e de técnicas de interrogatório, haja vista que as teleaudiências serão gravadas.

No tocante ao preparo do pessoal técnico, pelo menos dois para cada sala montada, sugere-se a parte introdutória retromencionada, acrescida da instalação e da configuração avançada dos equipamentos, aprofundando-se nos aspectos relacionados à segurança e à integração com os elementos de rede (LAN, switch, roteadores, MCU), incluindo a configuração de VPN (rede privada virtual), IP fixo e qualidade de serviço.

Antes das sessões de teleaudiência, recomenda-se que sejam feitos testes reais com todas as localidades envolvidas a fim de corrigir algum problema tempestivamente. Também é indicado que, durante a realização dessas sessões, haja suporte técnico de prontidão em cada sala, para ação imediata.

### **3.2. A aplicação da teleaudiência nos procedimentos disciplinares afrente os direitos fundamentais?**

Embora se trate de questão controvertida, como se viu ao longo dessa exposição, infere-se que os avanços tecnológicos vêm facilitando a vida dos seres humanos. E no campo do Direito não é diferente, pois os judici-

ários brasileiro e estrangeiro já os usam largamente.

O serviço de videoconferência permite que pessoas fisicamente em locais distintos possam se falar e ouvir, mediante o envio e o recebimento, com qualidade, da imagem e da voz dos participantes em tempo real. Conquanto não seja possível tocar-se, podem-se passar emoções, ficando perceptíveis as ações e as reações dos teleparticipantes.

Acredita-se que o uso dessa tecnologia no cotidiano das apurações disciplinares não fere o princípio fundamental do Devido Processo Legal, considerando que as formalidades processuais continuarão a ser respeitadas, incluindo a comunicação dos atos e os prazos.

Pelo contrário, fortalece o exercício da ampla defesa e do contraditório, principalmente em situações em que, por falta de previsão legal, o Poder Público não cobre despesas de diárias e passagens para o acusado e seu defensor acompanharem a inquirição de testemunhas localizadas em outra cidade<sup>17</sup>.

## **Conclusão**

Atualmente é difícil imaginar a sobrevivência das pessoas e das instituições sem a tecnologia, a qual se transformou em um instrumento útil à superação da complexidade do mundo moderno.

17 Lei nº 8.112/90: “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”.

Ela está entranhada em todos os setores da sociedade contemporânea, proporcionando facilidades, oportunidades e maior participação social, tanto aos cosmopolitas quanto aos interioranos.

No campo do Direito Disciplinar, ficou evidenciada a compatibilidade entre a adoção do sistema de videoconferência para coletar provas e a concretização dos direitos e das garantias processuais dos acusados – ou seja, sem desrespeitar os direitos fundamentais da pessoa humana, insculpidos nas constituições democráticas pelo planeta afora.

Por todo o exposto, conclui-se pela legalidade e constitucionalidade da aplicação da teleaudiência em procedimentos administrativos disciplinares, privilegiando, ainda, os princípios da economia e da celeridade processuais, ao possibilitar que o sistema de correição do Poder Executivo Federal minimize a ocorrência do instituto da prescrição e produza mais a custos mais reduzidos.

Em relação à implementação da rede corporativa de videoconferência pelo Órgão Central de Correição, conjectura-se que ela possa ser efetuada, com suporte do Serviço Federal de

Processamento de Dados (Serpro), gradativamente, iniciando-se por aqueles locais onde haja maior volume de recursos financeiros gastos com viagens dos envolvidos em apurações disciplinares.

Ressalte-se que o uso desse sistema audiovisual e multimídia para outras atividades (palestras, troca de experiências e treinamentos) ficará restrito às localidades em que ele estiver em funcionamento, a menos que se supra essa limitação por meio de uma política de compartilhamento com órgãos que já disponham da rede de videoconferência, operada pelo Serpro, dentro dos níveis de qualidade e segurança que os teledepoimentos requerem.

Em síntese, a teleaudiência, defendida ao longo deste trabalho, contribuirá, sobremaneira, para a agilização dos procedimentos apuratórios no âmbito do sistema correicional, culminando com o aumento da credibilidade perante a sociedade, por combater a cultura de impunidade, reinante até bem pouco tempo no Brasil, pois o que inibe a prática de ilícitos é a certeza da punição.



## Referências Bibliográficas

ARAS, Vladimir Barros. Videoconferência no processo penal. Curitiba, 09.2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6311>. Acesso em: 29/06/09.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Lei nº 11.900/2009: a videoconferência no processo penal brasileiro. Brasília. Jan/2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12197>. Acessado em: 02/07/09.

BARROS, Marco Antonio de; ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Internet e videoconferência no processo penal. Revista CEJ, Brasília, n. 32, p. 116-125, jan./mar.2006.

BRASIL, Luciano de Faria. O direito administrativo disciplinar no âmbito do Ministério Público: contributo à compreensão crítica de seus institutos e conceitos. Porto Alegre: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, v. 53, p. 89-106, 2004.

CARVALHO Fº, José dos Santos. Processo Administrativo Federal (Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999). 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Controladoria-Geral da União (CGU). Apostila de Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD) - Formação de Membros de Comissões. Brasília. Abril de 2009. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPAD/Arquivos/ApostilaTextoCGU.htm>. Acessado em 16.08.2009.

CGU. Portal da Transparência já expõe mais de R\$ 5,6 trilhões do orçamento federal. Brasília. 30/06/09. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/noticias/DetailheNoticia.asp?noticia=71>. Acessado em 01/07/2009.

DUARTE, Evandro Charles Piza. Direitos Fundamentais Versus Atos Processuais On-Line: A Aplicação dos Princípios do Garantismo Penal às Novas Tecnologias de Comunicação. In: Recrie: Arte e Ciência: Revista Crítica Estudantil- Ano 2, n. 3. Florianópolis: Instituto da Cultura e da Barbárie, Fundação Boiteux, 2005.

FIOREZE, Juliana. Videoconferência no Processo Penal Brasileiro (Interrogatório On-line). 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Videoconferência: Lei nº 11.900/2009. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2028, 19 jan. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12227>. Acesso em: 08/07/2009.

MERLINI, Véra Maria Ferro; VOLPE, Natália Masiero. O sistema de videoconferência na Justiça Criminal. Jan.2009. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acessado em 01/07/2009.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. O jurídico na sociedade em rede. 1ª ed. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2001.

PINTO, Ronaldo Batista. Interrogatório on line ou virtual. Constitucionalidade do ato e vantagens em sua aplicação. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1231, 14 nov. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9163>. Acesso em: 28/06/2009.

Revista Eletrônica Consultor Jurídico. PB é o primeiro Estado a regulamentar o sistema de teleaudiência. São Paulo. Ago/2002. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2002-ago-23/pb\\_sai\\_frente\\_regulamentacao\\_teleaudiencia](http://www.conjur.com.br/2002-ago-23/pb_sai_frente_regulamentacao_teleaudiencia). Acessado em: 28/06/2009.

SILVEIRA NETO, Cesar Rômulo. Telecomunicações: Modelo para o Estado Digital. Rio de Janeiro, 04.2009. Disponível em: [http://www.telebrasil.org.br/artigos/outros\\_artigos.asp?m=863](http://www.telebrasil.org.br/artigos/outros_artigos.asp?m=863). Acesso em: 25/06/2009.

SPÍNOLA, Charles Suhett. Adoção da Tecnologia de Videoconferência no SERPRO e Governo Federal. Brasília: Fortium, 2009.

TOURINHO Fº, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2001.

Tribunal Superior Eleitoral. Informatização da justiça eleitoral brasileira. Brasília. Disponível em: <http://www.tse.gov.br/internet/eleicoes/votoeletronico/informatizacao.htm>. Acesso em: 27/06/09.

# O exame de constitucionalidade da norma de vedação definitiva de retorno do servidor ao serviço público federal por infringência do artigo 132, incisos I, IV, VIII, X e XI

*Patrícia Ramos e Silva Santos*, Especialista em Direito Disciplinar na Administração Pública pela UnB, Analista de Finanças e Controle da CGU-PR.

## Introdução

Para a determinação do sentido da norma de vedação de retorno ao serviço público federal do apenado com demissão, por infringência dos incisos I, IV, VIII, X e XI do artigo 132, conforme estabelece o parágrafo único do artigo 137, ambos da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é necessário dissertar a respeito de alguns institutos que permeiam o tema. Nem todos estão claramente identificados no seio específico do Direito Administrativo, mas, ao contrário, invadem o campo de outros ramos do direito, como tem sido frequente em muitas das principais matérias discutidas nos meios acadêmicos e profissionais da Ciência Jurídica.

A ideia é possibilitar um melhor delineamento do sentido proposto pelas normas aqui referidas, de forma a se estabelecer uma maior segurança nas conclusões a que se pretende chegar.

## 1. Incidência de regras e princípios de outros ramos na seara disciplinar

A Administração é detentora do poder soberano em relação aos particulares e, conseqüentemente, da capacidade de impor coativamente a sua vontade. Desse modo, a posição do Estado se mostra privilegiada na relação encetada com os indivíduos, pois há a incidência das regras cogentes de Direito Público. Aliás, é princípio funda-

mental do Direito Administrativo a supremacia do interesse público sobre o privado, por meio do qual o interesse público é privilegiado, em detrimento dos interesses individuais. Outro importante princípio do Direito Administrativo é o princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual se relaciona à finalidade última da atividade administrativa, constituindo um manto de proteção ao interesse público, vedando qualquer forma de alienação deste.

Sobre o tema, Renato Alessi, citado na obra de Régis Fernandes de Oliveira, destaca a existência de uma supremacia especial, distinta da geral por caracterizar-se pela existência de um vínculo ainda mais estreito, que corresponde:

*"[...] a um estado de especial sujeição do indivíduo frente à Administração, mais acentuado que a normal sujeição frente à Administração considerada simplesmente como titular do poder de império (OLIVEIRA, 2005, p. 37)".*

Ainda sobre a matéria, o Prof. Régis acrescenta:

*"A especial advém de relações particulares com os que se submetem a plexo de normas criado pelo Estado. Quando alguém se insere sob um "estatuto" como o dos funcionários públicos, [...] submete-se a regras específicas que irão disciplinar o relacionamento comum. A relação de supremacia geral é de poder, unindo Estado e administrado; a especial une a Administração e pessoas subordinadas a vínculo institucional. Fixando-se a noção de existência de supremacia geral e supremacia especial, caracterizando-se a primeira pela desvinculação*

*a relacionamento concreto, mas concretizável, e a segunda pelo elo especial, apura-se que as infrações administrativas podem ocorrer em qualquer hipótese (OLIVEIRA, 2005, p. 38)."*

Nesse estado de sujeição mais acentuado a que é exposto o indivíduo, em uma relação também marcada pela desigualdade de posições, devem ser resguardadas todas as garantias necessárias à preservação dos direitos individuais, sobretudo aquelas relacionadas ao Devido Processo Legal.

Nesse contexto, tem-se discutido muito a possibilidade da aplicação de regras e princípios do direito penal na seara disciplinar. Enquanto alguns defendem a transferência simples dos preceitos penais para o âmbito do direito disciplinar, outros pregam a absoluta autonomia do direito disciplinar, com total exclusão da incidência de regramentos penais (OLIVEIRA, 2005, p. 39).

Modernamente, a argumentação baseada unicamente na autonomia do direito disciplinar ou no mero traslado do direito penal para o campo disciplinar tornou-se insuficiente. Isso deve-se, em parte, aos avanços proporcionados pela Carta Magna de 1988 e pela Lei nº 9.874/99, que rege o processo administrativo, responsáveis pelo fortalecimento de uma nova disciplina denominada Direito Administrativo Sancionador, informada, em alguns aspectos, por ambos os ramos, o penal e o administrativo (OLIVEIRA, 2005, p. 39).

Essa disciplina encontra sustentação na contemplação do processo administrativo, no âmbito do princípio do Devido Processo Legal, promovida pela

Constituição Federal. O fato de ter o direito punitivo estatal, inicialmente uno, especializado-se, também permite a inclusão do processo administrativo no espectro de incidência dos princípios que balizam o jus puniendi.

Conquanto o Prof. Fábio Medina Osório refute a tese da original unidade do referido jus puniendi estatal, vale registrar sua impressão sobre o Devido Processo Legal, pois que é ele um dos precursores em relação à matéria do Direito Administrativo Sancionador:

*“O que o devido processo legal enseja é a variação dos graus dos direitos de defesa, desde um patamar mínimo até um estágio máximo, consoante os interesses que estejam em jogo, conforme as legítimas opções legislativas, a natureza das demandas, as regras fixadas pelas autoridades judiciárias ou administrativas e as oportunidades conferidas às partes, notadamente os acusados em geral (OSÓRIO, 2000, p. 397).”*

Princípios, como aqueles que garantem a legalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, também norteiam a condução do processo disciplinar, na medida em que se vislumbra, em tese, a possibilidade de resultar o exercício do poder disciplinar na aplicação de uma penalidade.

Nesses termos, o direito disciplinar não pode ficar à margem da incidência de outras regras e princípios próprios de outros ramos da Ciência Jurídica. Essas outras normas, como aquelas que caracterizam o Estado Democrático de Direito, ou aquelas relacionadas à preservação das garantias constitucionais, também devem norteá-lo.

Somente o respeito aos limites impostos pelos princípios constitucionais pode permitir que o direito disciplinar regule o exercício legítimo do poder disciplinar, equilibrando a relação estabelecida com os administrados e ainda possibilitando a adequação e a justiça das decisões.

## **2. Exoneração, demissão, demissão a bem do serviço público e perda de cargo ou função pública**

Convém brevemente estabelecer a diferenciação entre as hipóteses de desligamento do servidor previstas na legislação, quais sejam aquelas próprias caracterizadas nos institutos da exoneração, da demissão, da demissão a bem do serviço público e da perda do cargo ou da função pública.

Por primeiro, como circunstância que enseja o desligamento, tem-se a exoneração. Esta, apesar de também determinar a vacância do cargo, consoante dispõe o artigo 33 da Lei nº 8.112/90, possui natureza diversa da demissão, pois não exige o prévio desenvolvimento de um processo disciplinar, pela razão mesma de não se tratar, em qualquer de suas modalidades, de penalidade, embora não reste afastada a necessidade de obediência ao princípio da motivação. Como exemplo temos a hipótese disciplinada no artigo 169 da CF, que ocorre quando são ultrapassados os limites de gastos com pessoal.

A expressão “demissão a bem do serviço público” remonta à Lei nº 1.711/52, antigo Estatuto dos Funcionários

Públicos; também ocorre em outros diplomas legais, como na Lei nº 8.027/90, que atualizou a lista de infrações previstas na Lei nº 1.711/52; na Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa; e na Lei nº 8.026/90, que previu a possibilidade de aplicação da demissão por infrações contra a Fazenda Pública, esta por fazer remissão à Lei nº 1.711/52. Apenas se registre, em relação a esse último caso, que a matéria hoje é regulada pela Lei nº 8.112/90, o que permite concluir-se que a conduta objeto da Lei nº 8.026/90 não tem mais como resposta da Administração a demissão a bem do serviço público.

É interessante observar que o significado da expressão não se encontra consignado em nenhuma norma legal, consoante se extrai do Manual de Processo Administrativo Disciplinar da Controladoria-Geral da União:

*“Quanto à demissão a bem do serviço público, [...] a Lei nº 8.112, de 11/12/90, que revogou as duas normas acima, não prevê a pena com aquela cláusula. [...] A doutrina entendia que significava vedação do retorno ao serviço público, afastada somente por revisão processual ou ato de graça do Presidente da República (TEIXEIRA, 2009, p.427-428).”*

Entende-se, dessa forma, que a vedação de retorno prevista no âmbito do atual estatuto é até mais rigorosa que a demissão a bem do serviço público prevista no estatuto anterior, haja vista inexistir qualquer ressalva para o afastamento da proibição de retorno – como a revisão processual ou o ato de graça do Presidente da República -, como ins-

trumentos hábeis ao afastamento da vedação.

Assim, é comum que se encontre, em estatutos de servidores públicos estaduais e municipais, a exemplo do antigo estatuto federal, a previsão expressa de demissão a bem do serviço público, contrapondo-se à demissão simples, sendo aquela normalmente reservada a condutas mais gravosas, como a prática de crimes contra o erário ou contra a Administração Pública.

A Constituição Federal, em seu artigo 41, disciplina hipóteses em que o servidor está sujeito à perda do seu cargo público. O § 1º do referido dispositivo constitucional estabelece que a perda do cargo decorrerá de sentença judicial transitada em julgado; de processo administrativo disciplinar, com garantia de ampla defesa; e mediante procedimento de avaliação periódica em que se tenha verificado insuficiência de desempenho, igualmente amparado pela garantia da ampla defesa.

O artigo 41 da Constituição Federal não efetuou a diferenciação dos casos de desligamento do servidor público, de modo que a perda do cargo público referida no seu § 1º se reporta às hipóteses que especifica. Assim, mesmo a inaptidão para o exercício do cargo, constatada por meio de avaliação de desempenho do servidor com a garantia de ampla defesa, passível de mera exoneração, figura ali como espécie de perda do cargo.

A sentença proferida na esfera criminal determina, após o seu trânsito em julgado, a perda do cargo, da função pública ou do mandato eletivo,

consoante inciso I do artigo 92 do Código Penal.

Também há previsão desse efeito acessório da condenação em algumas leis especiais que definem crimes. Portanto, a perda do cargo aqui ventilada se refere a efeito da condenação, que pode ser automático ou depender de manifestação expressa na sentença.

No parágrafo único do artigo 93 do Código Penal, há a previsão da possibilidade de reabilitação criminal após dois anos do cumprimento da pena determinada em condenação que imponha a perda de cargo ou função pública. Mesmo diante da vedação de reintegração ao cargo ou à função anteriormente ocupada, consoante comando inserto no dispositivo mencionado, o condenado poderá voltar a exercer cargo ou função pública iguais ao anteriormente exercido, desde que cumpra os requisitos para a nova investidura, apenas havendo a impossibilidade de reintegração.

A Lei nº 8.429/99 também não veda o retorno do servidor aos quadros da Administração Pública, a despeito de sua omissão quanto ao prazo máximo estipulado para os efeitos da inabilitação.

No campo administrativo, a legislação não ditou um prazo limite para o efeito do parágrafo único do artigo 137 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais. Tampouco houve previsão do instituto da reabilitação em similitude ao existente na esfera penal.

### **3. O sentido de “pena”, prevista no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b” da Constituição Federal**

É bem verdade que a sanção penal é aplicada pelo Poder Judiciário, enquanto que a pena disciplinar o é pelo Poder Executivo. Também é certo que a primeira se faz necessária quando resta comprovada a quebra de uma norma imposta no Direito Penal, enquanto a segunda é aplicada quando da desobediência a algum normativo próprio de matéria administrativa. Contudo, é preciso reconhecer ainda que ambos os sistemas protegidos pela aplicação, em tese, das referidas penalidades, têm seus fundamentos estabelecidos num só corpo normativo: a Constituição.

É fundamental que se registre a inexistência de diferenças substanciais entre as sanções administrativa e penal. Algumas das espécies de penalidades são inclusive compartilhadas pelo Direito Administrativo e pelo Direito Penal, como acontece nos casos da multa e da suspensão de direitos. A verdade é que cada qual é aplicável em circunstâncias próprias, havendo até algumas, dentre as administrativas, que são mais severas que algumas das penais.

De fato, uma sociedade pluralista não comporta uma gradação rígida de valores, mas exige, ao contrário, o respeito à diversidade de pontos de vista e valorações.

A intervenção estatal faz-se assim presente mediante o uso de instrumentos adequados a cada uma das espécies de infração possíveis de serem cometidas pelos indivíduos. E estabelecer as



diferenças, reconhecendo as semelhanças entre as espécies de penalidades aplicáveis pelo Estado, configura tarefa essencial à correta interpretação do alcance da norma trazida pela alínea “b” do inciso XLVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Não haveria razão para que o legislador constitucional pretendesse vedar que o praticante de crime fosse punido para até o final de sua existência, sem vedar que o praticante de um ilícito administrativo também o fosse.

Heraldo Garcia Vitta entende pela existência de identidade ontológica das sanções, assim discorrendo sobre elas:

*“Toda sanção acarreta a punição do infrator, mas o fim dela não é este, é o de evitar condutas contrárias ao Direito. Isso decorre do regime democrático de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do respeito aos valores fundamentais da sociedade (VITTA, 2003, p.67).”*

O mesmo autor remete aos ensinamentos de Nelson Hungria, que reforça a identidade ontológica entre a penalidade administrativa e a criminal:

*“Se nada existe de substancialmente diverso entre ilícito administrativo e ilícito penal, é de se negar-se igualmente que haja uma pena administrativa essencialmente distinta da pena criminal. Há também uma fundamental identidade entre uma e outra, posto que pena, seja de um lado, o mal infligido por lei como consequência de um ilícito e, por outro lado, um meio de intimidação ou coação psicológica na prevenção contra o ilícito. São espécies do mesmo genus. Seria esforço vão procurar distinguir,*

*como coisas essencialmente heterogêneas,[...] (VITTA, 2003, p.67).”*

Ora, se as penas são adotadas, essencialmente, para que se implemente no apenado uma medida que recupere seu caráter e promova uma verdadeira e profunda alteração em sua conduta, no futuro, há que se reconhecer que qualquer delas deverá oportunizar ao seu sujeito um tempo para demonstrar sua adequação. Acreditar no contrário representaria mesmo a negação ao poder de recuperação das penas, incluídas as de quaisquer espécies, em verdadeiro atentado contra a dignidade da pessoa humana.

Modernamente, como no Direito Penal, tem-se dado ênfase, na interpretação do fundamento próprio da penalidade administrativa, ao seu caráter eminente de prevenção, tratamento e recuperação do infrator, em detrimento de seu aspecto punitivo ou intimidativo.

Pensar diferente seria retirar das penas demissórias a que se acrescenta, pela Lei nº 8.112/90, o impedimento de retorno ao serviço público federal, o seu caráter corretivo, pois que o seu sujeito não teria, nesses casos, nova oportunidade de demonstrar o seu aprendizado, mediante a mudança de sua postura.

É preciso ainda tornar claro que qualquer pena deve guardar estrita relação de proporcionalidade com a conduta que pretende desestimular, em defesa da razoabilidade, conforme determina o artigo 128 da Lei nº 8.112/90. Assim é igualmente exigível, tanto na aplicação de sanções penais quanto de sanções administrativas, que elas sejam adotadas em quantidade e intensidade suficientes e necessárias ao atingimento dos seus objetivos de prevenção e correção.



Só assim a penalidade administrativa pode assumir sua importante função na consecução dos objetivos a que se presta a Administração Pública.

#### 4. A proibição de penas de caráter perpétuo

Infligir efeitos perpétuos a qualquer pena implica em grave violação de garantia insculpida na Carta Magna.

Esse argumento é referenciado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2975, proposta pelo Procurador-Geral da República, à época o Sr. Cláudio Fonteles, nos seguintes termos:

*“4. [...] O vício constante na norma repousa na ausência de prazo para a proibição imposta. [...], ou seja, **“toda pena há de ser temporária, conforme dispuser a lei”**. 6. Deve se salientar que **“a disposição constitucional diz respeito ao caráter perpétuo de qualquer pena, e não somente no que concerne à privação perpétua da liberdade”**. Dentre as modalidades de penas passíveis de serem impostas no ordenamento jurídico brasileiro, elencadas na alínea “e” do inciso XLVI do art. 5º da Constituição Federal incluíse a pena de suspensão ou interdição de direitos. **Resta inquestionável que a proibição de retorno ao serviço público, prevista no parágrafo único do art. 137 da Lei nº 8.112/90, constitui-se em pena de interdição de direitos, devendo, portanto, obedecer o comando de proibição de perpetuidade das penas** (FONTELES, 2003, sem grifos no original).”*

A ADI faz referência ainda à decisão proferida pela Primeira Turma do

Supremo Tribunal Federal no RE nº 154134/SP, em que houve o afastamento do caráter permanente da pena de inabilitação para o exercício de cargos de administração ou gerência de instituições financeiras, consoante trechos a seguir descritos:

*“[...] 4. Na verdade, o Mandado de Segurança é de ser deferido, apenas para afastar o caráter permanente da pena de inabilitação, devendo, então, o Conselho Monetário Nacional prosseguir no julgamento do pedido de revisão, convertendo-a em inabilitação temporária ou noutra, menos grave, que lhe parecer adequada. [...] (FONTELES, 2003, sem grifos no original).”*

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça também se manifestou, em sede do Mandado de Segurança nº 1.119/DF, in verbis:

*“I – Os direitos e garantias expressamente previstos na Constituição Federal não excluem outros tantos decorrentes do regime e dos princípios nela adotados (art. 5º, XLVII, § 2º). II – A vedação às penas de caráter perpétuo não pode ser interpretada restritivamente, estendendo-se às penalidades de suspensão e interdição de direitos capitulados no inciso XLVI, letra e, do mesmo artigo. [...] (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1992).”*

O que se questiona, na hipótese, é a inexistência de limite temporal na aplicação do parágrafo único do artigo 137. Nesse quadro, por analogia, caberia a utilização do prazo máximo estipulado em sede administrativa, ou seja, 5 (cinco) anos. Todavia, o legislador enfatizou a necessidade de diferen-

ciação dos efeitos da penalidade expulsória de forma expressa nos artigos 136 e 137, atribuindo a proibição definitiva de retorno ao serviço público federal às hipóteses previstas nos incisos I, IV, VIII, X e XI do artigo 132 da Lei nº 8.112/90, por assim considerá-las de maior gravidade, imputando-lhes maior rigor na sua repressão.

Com efeito, é sabido que, da aplicação da analogia, não pode decorrer agravamento da situação do servidor condenado. Contudo, ante a atual ausência de norma disciplinando qual seria o período de incompatibilização para nova investidura, o caminho mais adequado seria considerar-se o prazo de 5 (cinco) anos estipulado no caput do artigo 137 da Lei nº 8.112/90 para os efeitos da inabilitação.

## **5. A interpretação constitucional aplicável ao impedimento do retorno do servidor ao serviço público federal**

Como já visto, a análise acerca da constitucionalidade do impedimento imposto ao servidor público de retorno aos quadros da Administração Pública Federal deve ser empreendida à luz dos preceitos constitucionais, bem como das demais leis que regem a matéria.

O exame da norma deve pautar-se por uma maior relativização do legalismo, na medida em que mais sensível à aplicação de princípios constitucionais. Essa é a concepção de Ronald Dworkin, na qual o contexto social e epistemológico de uma comunidade ganha relevo, em detrimento de uma posição baseada

unicamente no conservadorismo, ou no positivismo jurídico. Para o citado autor, a democracia e os direitos humanos ocupam uma posição central em qualquer discussão jurídica, em detrimento dos debates puramente sociais. A modernidade exige uma nova concepção jurídica de todos os mais relevantes temas, que, como tais, não poderiam deixar de contemplar a dimensão pluralista presente em qualquer cenário que se pretenda intitular democrático (DWORKIN, 1997).

Essa leitura se constrói a partir da constatação de que o método científico tradicional passa a ser insuficiente para a construção de um modelo jurídico adequado à nova realidade. Além disso, a pretensão de se tomar as decisões corretas está em constante tensão com o princípio da segurança jurídica. Nesse sentido, Chantal Mouffe, ao examinar a democracia moderna, remete à teoria de Habermas, para quem o ambiente democrático deve se construir com estrito respeito ao equilíbrio entre faticidade e validade, fazendo do sistema jurídico algo maior que seus limites formais (MOUFFE, 1994).

Em outros termos, o pluralismo permite que o sistema de regulação social passe a ser constituído não apenas pelo Estado, mas também por toda a sociedade. Em razão do exposto, essencial se torna o exame da constitucionalidade da proibição de retorno do servidor público ao serviço público federal, com supedâneo nas inovações advindas do aperfeiçoamento das teorias constitucionais, considerando-se, sobretudo, a dimensão pluralista já referida.

Nessa esteira, o regime jurídico aplicável ao servidor público federal carece

de inflexões que o insiram na realidade dinâmica da relação estabelecida entre a Administração Pública, o servidor e os cidadãos. Assim, a aplicação automática dos dispositivos da Lei nº 8.112/90 não atende mais aos modernos reclames de exame de constitucionalidade; a apreciação do caso concreto exige critérios de interpretação constitucional, inclusive quanto aos seus princípios, que não aqueles estritamente vinculados ao estrito positivismo do formalismo jurídico. Desse modo, outros elementos devem passar a contribuir para uma interpretação menos distante dos interesses dos destinatários das normas.

A partir da preocupação acima esopada, ao sopesar as diversas teorias que cuidam do assunto, verifica-se que a teoria do direito de Ronald Dworkin se vale adequadamente da hermenêutica para se contrapor às soluções meramente positivistas. Ele assim se expressa, quanto à matéria:

*“Considerem, agora, uma visão diferente sobre a finalidade ou o objetivo das leis. Nela, sustenta-se que a visão positivista que acabei de descrever é por demais limitada. [...] O Direito também deveria tornar essa regência, esse governo, mais coerente em seus princípios; [...] de modo que a comunidade fosse regida por princípios, e não apenas por regras que pudessem ser incoerentes com os princípios. E insiste que esse último propósito é tão importante que bem deveria, nos casos particulares, ser mais importante do que a previsibilidade e a certeza. [...] Significa, acredito eu, fazer o Direito tão justo quanto possamos. Isso é o que significa acuidade em interpretação jurídica.[...]. Isso significa fazer o melhor do ponto de vista da in-*

*tegridade do Direito, torná-lo o mais íntegro possível (DWORKIN,1997).”*

Ressalte-se que a teoria do referido jurista considera as consequências das violentas mudanças por que vem passando a sociedade, o que resulta na construção de uma nova e revolucionária ótica do direito. Nesse ponto, teorias que considerem essa modernização social, com toda a problemática daí advinda, e a incorporem em seus estudos, mostram-se mais pertinentes e aptas a fornecer soluções condizentes com a realidade que ora se vivencia.

Nesse quadro, a teoria construída pelo cientista de Harvard, que superou a excessiva influência do positivismo jurídico até então prevalecente, permite um melhor exame da constitucionalidade da impossibilidade de retorno do servidor apenas com demissão, naquelas específicas hipóteses, ao serviço público federal.

É importante reconhecer que a Constituição Federal erigiu, no seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito que institui. A Lei Maior, assim, conferiu ao homem a mais salutar importância, uma vez que o mais amplo amparo é a ele contemplado em vários dos seus mais relevantes dispositivos.

No artigo 5º, encontram-se elencados direitos fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à preservação da integridade física e moral, dentre outros. Todos esses direitos, além de outros também de estatura constitucional, se originam do princípio da dignidade da pessoa humana. Aliás, o

próprio fim do Estado é o de tutelar e propiciar o desenvolvimento da pessoa humana, conforme lição de Dalmo de Abreu Dallari:

*"[...] o fim no Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana (DALLARI, 2003)."*

É de se destacar ainda a proteção conferida aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o direito ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, previstas no artigo 1º, inciso IV, e no artigo 5º, inciso XIII da Constituição Federal, respectivamente. Acrescente-se a elas a proibição de penas de caráter perpétuo, estabelecida no mesmo artigo, em seu inciso XLVII, alínea "b".

Os influxos desses princípios constitucionais basilares no processo administrativo implicam a vinculação do poder disciplinar a parâmetros que assegurem a preservação da dignidade da pessoa humana. Outros exemplos de princípios também derivados do princípio da dignidade da pessoa humana são os princípios do contraditório e da ampla defesa, componentes da garantia do Devido Processo Legal.

Outro importante princípio é o da humanidade, ou da humanização das penas, previsto no artigo 5º, inc. XLIX da CF, que garante aos presos o respeito à sua integridade física e moral. Em decorrência dessa garantia constitucional de que a pena deve ser executada de

forma humanitária, tem-se a vedação de imposição de penas cruéis, de banimento, de trabalhos forçados, de caráter perpétuo e de morte, reservada quanto a esta última a possibilidade de aplicação em caso de guerra declarada.

De igual modo, o poder disciplinar deve guardar respeito aos princípios da motivação, da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse sentido, há de se considerar que a pena expulsória normalmente gera, além do desgaste moral, um desajuste financeiro ao apenado e a seus familiares, uma vez que o seu sustento advém da retribuição paga pelos cofres públicos para o desempenho de funções próprias de seu cargo.

Conquanto se admita que as decisões administrativas são, em sua maioria, tomadas com a justa e equilibrada comprovação dos fatos nos autos de um regular Processo Administrativo, não deve ser desprezada a possibilidade de que alguma delas pudesse redundar em condenação indevida. Ademais, as dificuldades para reinserção no mercado de trabalho privado, sobretudo por indivíduos mais próximos de sua meia-idade, ou além dela, podem levar, na prática, à aniquilação profissional do indivíduo, acarretando-lhe prejuízos incalculáveis, como também aos seus dependentes. Desse modo, a pena com o efeito colimado no parágrafo único do artigo 137, da Lei nº 8.112/90 pode vir a ser até mais gravosa ao apenado do que uma outra, aplicada na seara penal.

Ainda, a Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo, no seu artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, dispõe sobre a proibição de sanções em

medida superior às necessárias ao atendimento do interesse público.

Por conseguinte, o parágrafo único do artigo 137 da Lei nº 8.112/90 não deve ser interpretado isoladamente. Há, ao contrário, de se considerar a integridade do ordenamento jurídico, em seu aspecto sistêmico, contemplando especialmente os princípios estabelecidos na Constituição Federal, bem como o atual e amplo contexto social, como medida que permita que se resguardem simultaneamente o interesse público e os direitos do servidor.

## Conclusão

Se o servidor que perde o seu cargo ou função por determinação judicial em sentença criminal pode retornar ao serviço público federal mediante nova aprovação em concurso público, após a regular reabilitação penal, não há qualquer argumento que justifique a vedação de retorno ao serviço público daquele servidor a quem se imputou uma penalidade no âmbito administrativo, por mais grave que tenha sido sua conduta. Se o Direito Penal, que existe para tutelar os mais valiosos direitos, permite o retorno, não pode o Direito Disciplinar, respeitadas todos os importantes princípios e valores que guarda, deixar de fazê-lo.

Assim, o retorno, após cumpridos os requisitos para nova investidura, é uma oportunidade a que faz jus o servidor. Se o apenado no âmbito penal é, um dia, reabilitado, é preciso reconhecer também ao servidor penalizado na seara administrativa o mesmo direito.

Isso porque não existem diferenças ontológicas substanciais entre as sanções administrativa e penal que justifiquem tal discriminação. Há ainda que se considerar que a alínea “b” do inciso XLVII do artigo 5º da CF abrange não somente as penas de caráter criminal, mas também quaisquer outras, inclusive disciplinares, permitindo-se firmar o entendimento de que têm, todas elas, seus fundamentos disciplinados pela Lei Maior.

Com efeito, a proibição da aplicação de pena com caráter perpétuo constitui um direito individual assegurado, no Brasil, desde a Constituição de 1934. Dessa forma, a interpretação literal do parágrafo único do artigo 137 da Lei 8.112/90 redundaria em grave violação da garantia explícita no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b” da Carta Magna, além de uma rica gama de outros princípios constitucionais.

Com o intuito de fazer cessar o aludido vício de constitucionalidade, houve a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2975, a qual alega violação ao artigo 5º, XLVII, “b”, por ausência de prazo para a proibição imposta. O STF e o STJ, em casos similares, como aquele referente à pena de inabilitação permanente para o exercício do cargo de administração ou gerência de instituições financeiras, já se manifestaram no sentido do afastamento do caráter permanente da pena, em face do que dispõe o dispositivo constitucional referido.

Assim, o parágrafo único do artigo 137 da Lei nº 8.112/90 deve ser interpretado a partir de critérios que considerem o caráter sistêmico de toda a le-

gislação, especialmente no que responde a seu exame de constitucionalidade. Não deve, ao contrário, ficar alheio à incidência dos preceitos constitucionais que disciplinam a hipótese; a interpretação literal do retrocitado dispositivo encerraria na violação de uma série de graves princípios constitucionais, tais como os princípios da vedação de penas de caráter perpétuo e da dignidade da pessoa humana.

A inconstitucionalidade decorre da inexistência de prazo limite para a vedação de retorno do servidor ao serviço público federal. Essa inconstitucionalidade é passível de sanção caso o legislador futuramente venha a fixar um prazo para essa proibição. Enquanto isso não ocorre, a saída viável seria considerar o interstício de 5 (cinco) anos previsto no caput do artigo 137, em razão de ser esse o período máximo estipulado em sede da Lei nº 8.112/90.

Nesse interregno, a exegese do referido dispositivo deve contemplar os princípios constitucionais já ventilados, de forma a se permitir o respeito aos direitos assegurados pela CF também na seara administrativa. Seria um contras-

senso exigir que o servidor procurasse o Poder Judiciário a fim de fazer valer os seus direitos, estabelecidos e garantidos pela própria Constituição. Se assim o fosse, não residiria razão na garantia que se concede ao administrado do devido processo administrativo, em âmbito constitucional, uma vez que este teria de se submeter ao controle do Judiciário. Logo, cumpre aviventar a importância do poder de autotutela de que é dotada a Administração, do qual decorre a capacidade desta, de ofício ou mediante provocação, inclusive, de reapreciar os seus próprios atos, mediante exame sobre a legalidade e/ou mérito do ato.

Incumbe, dessa forma, não somente ao Poder Judiciário, mas principalmente à Administração, coadunar a proibição contida no parágrafo único do artigo 137 da Lei nº 8.112/90 com o restante do ordenamento jurídico contemporâneo que rege a matéria. Fazer isso é orientar a interpretação da norma pela baliza estabelecida por alguns dos mais importantes princípios constitucionais; não fazê-lo seria negar aos administrados cada um dos direitos que se pretende firmar e garantir mediante a edificação do nosso Estado Democrático de Direito.

### Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível Internet via WWW. URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm)

BRASIL, Lei 8.112/90. Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais. Disponível Internet via WWW. URL: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)

BRASIL, Lei 9.784/99. Regula o Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública Federal. Disponível Internet via WWW. URL: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 24ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. Direito, Filosofia e Interpretação. Trad. Raíssa R. Mendes – Revisão: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Cad. Esc. Legis., Jan./Jun. 1997.

FONTELES, Cláudio. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2975. Brasília: Superior Tribunal Federal, 2003. [on-line] Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.stj.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2975&processo=2975>

MOUFFE, Chantal. Pensando a Democracia Moderna com, e contra/Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Cad. Esc. Legisl., Jul./Dez 1994.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e Sanções Administrativas. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, F. M. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

TEIXEIRA, Marcos Salles; BALSANELLI, Kleber Alexandre. Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD) - Formação de Membros de Comissões. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2009. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/GuiaPad/Arquivos/ApostilaTextoCGU.pdf>

VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no Direito Administrativo. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.



# Responsabilidade disciplinar de empregado público celetista quando do exercício de cargo em comissão na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional

**Rafael Oliveira Prado**, bacharel em Direito pelo UniCEUB. Especialista em Direito Disciplinar na Administração Pública pela UnB. Analista de Finanças e Controle da CGU, em exercício na Corregedoria Setorial do Ministério dos Transportes.

## 1. Regime dos empregados públicos

Os empregados públicos travam com a Administração Pública uma relação eminentemente contratual, regida pela Constituição Federal e pela legislação trabalhista, em especial a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), seja por se tratar de vínculo com entidade de Direito Privado, seja por disposição expressa do art. 182 do Decreto-Lei 200/67, seja por força também do art. 173, § 1º, II, da Constituição, no caso das exploradoras de atividade econômica.

Embora o regime de emprego submetta os seus ocupantes a um vínculo

marcadamente privado, não se pode ignorar as inevitáveis influências advindas da natureza governamental da contratante. Assim, a despeito de se ter efetivamente celebrado uma relação contratual, esse liame deve se pautar, obrigatoriamente, por critérios observadores de preceitos públicos.

A atividade dita “privada” do Estado tem, em última análise, finalidade pública, tendo em mente que o artigo 173 da Constituição Federal, como regra geral, só permite a exploração direta de atividade econômica pelo Estado “*quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*”.

Portanto, a sujeição ao regime privado tem como derradeiro propósito o atendimento de uma finalidade pública, e, assumindo o Estado a condição de empregador, a relação jurídica *“adquire o timbre da publicização e recebe, de imediato, o impacto de um feixe de princípios e regras que conformam o regime jurídico administrativo”*<sup>1</sup>.

Logo, as normas trabalhistas são, em diversas situações, afastadas, em virtude do regime jurídico inerente à atividade administrativa estatal. Por isso, é possível afirmar que *“os empregados públicos são uma categoria sujeita a regime jurídico híbrido”*<sup>2</sup>, no qual se conjugam dois paradigmas distintos: o de direito privado, necessário a interação do ente público nas relações particulares, e o de direito público, a fim de não se esvaír a inexorável finalidade pública de toda a atuação estatal.

E, ante essa relação híbrida, surgem questões práticas, decorrentes do aparente conflito entre as normas de Direito do Trabalho (cuja preocupação maior é a tutela do empregado, considerada como a parte mais fraca da relação) e as normas de Direito Administrativo (que se caracteriza pela supremacia do interesse público).

Dessa forma, situações que estariam restritas ao âmbito privatístico da relação laboral adquirem dimensão de moralidade pública e de interesse coletivo, quando inseridas na seara da organização administrativa estatal.

1 FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2004, p. 63.

2 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 788.

Na praxe administrativa, verifica-se com frequência que diversos empregados públicos são cedidos para ocupar cargos em comissão na Administração Pública Federal direta, no que passam a assumir a condição de *servidores públicos*, cabendo-se perquirir acerca dos efeitos que eventual irregularidade praticada no órgão cessionário gere em seu vínculo de trabalho original.

## 2. Poder empregatício

Um dos mais relevantes efeitos próprios ao contrato de trabalho é o poder empregatício, o qual concentra um conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica ao empregador, conferindo-lhe enorme influência no âmbito da relação de emprego.

E igualmente na relação laboral firmada entre o empregado público e a Administração Pública, verifica-se o poder empregatício/poder hierárquico:

*“A compreensão da hierarquia aproxima o direito do trabalho ao direito público; tanto a administração pública quanto a da empresa privada não podem abstrair esse poder hierárquico. No âmbito da administração, a hierarquia não está assentada em um poder de imperium, senão em uma potestà d’uffício, ou seja, de uma subordinação a uma estruturação e coordenação de órgãos burocráticos.”*<sup>3</sup>

A doutrina desdobra o poder empregatício em quatro manifestações, quais sejam, o poder regulamentar, o poder

3 COUTINHO. Aldacy Rachid. Poder punitivo trabalhista. 1ª ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 53.

fiscalizatório, o poder diretivo e o poder disciplinar.

## 2.1. Poder disciplinar

O poder disciplinar autoriza a imposição de penalidades disciplinares ao empregado, a fim de corrigir as faltas cometidas e assegurar a adequação das condutas às ordens de serviço, responsabilizando-o pela prática de atos irregulares.

Significa dizer que o exercício do poder disciplinar, por meio da aplicação de sanções, objetiva manter a ordem e a correta prestação dos serviços, consoante as orientações emanadas do empregador.

Nesse sentido, cite-se, a título de exemplo, os artigos 474 e 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, que denotam um claro intuito disciplinar, na medida em que preveem, respectivamente, a possibilidade de suspensão e rescisão por justa causa do contrato de trabalho, ensejando reflexos negativos na remuneração do trabalhador.

E de forma a demonstrar os pontos de contato entre os regimes disciplinares dos empregados públicos celetistas e dos servidores públicos, destaque-se o entendimento doutrinário segundo o qual os poderes disciplinares, tanto no espaço privado da empresa quanto na esfera da Administração Pública, apresentam a mesma natureza, por versarem sobre comportamento perante instituições ou corporações. Confira-se:

*“Quem quer que observe, notará a semelhança entre o poder disciplinar da empresa econômica e o mesmo poder existente em outros grupos de pessoas,*

*como por exemplo, os funcionários públicos. (...) Trata-se, na realidade, de um poder idêntico, pois não há dúvida de que, tanto na empresa-econômica, como no funcionalismo do Estado, o poder disciplinar se reveste de idêntica natureza.”<sup>4</sup>*

## 2.2. Poder disciplinar sobre empregado público cedido à Administração Pública direta, autárquica e fundacional

No caso de o empregado público estar cedido para ocupar cargo em comissão na Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, é importante esclarecer algumas questões.

A primeira refere-se à mobilidade do empregado para a qualidade de “servidor público”, ainda que para cargo de provimento em comissão. Nessa condição, o agora servidor está submetido ao regime disciplinar delineado na Lei 8.112/90, que prevê como instrumento de apuração de responsabilidade o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) para as infrações de maior gravidade.

Isso implica dizer que o órgão cessionário da Administração direta é que terá a competência para, por meio de PAD, apurar as eventuais infrações disciplinares praticadas no exercício do cargo em comissão.

A segunda diz respeito ao fato de que, com a cessão para a Administração direta, autárquica ou fundacional, o contrato de trabalho do empregado público fica suspenso. É que incide, por analogia, a Súmula n. 269 do TST:

4 MESQUITA, Luiz José de. Direito disciplinar do trabalho. 1ª ed., São Paulo: LTr, 1991, p. 86.

## **Mesmo durante o período de suspensão do contrato de trabalho, subsiste a possibilidade de exercício do poder disciplinar.**

*“O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.”*

A rigor, o contrato de trabalho propriamente dito não é suspenso, já que não há desvinculação das partes contratantes. O que ocorre é a suspensão dos efeitos do contrato e, ainda sim, somente de seus principais efeitos (como prestação de serviços e pagamento de salários), subsistindo os efeitos secundários e implícitos à avença, de respeito mútuo e fidelidade do empregado. Nesse sentido, o posicionamento de Wagner D. Giglio:

*“De fato, muito embora se dilua a ascendência do empregador – e, portanto, diminua a dependência do empregado – durante o período de afastamento, sobrevivem aquelas obrigações inerentes ao contrato de trabalho (deveres de respeito, fidelidade etc.) Essa sobrevivência explica a possibilidade de a falta a esses deveres configurar justa causa para o despedimento ou a rescisão do pacto laboral, ainda que o ato faltoso tenha sido praticado durante a suspensão ou interrupção.”<sup>5</sup>*

5 GIGLIO, Wagner D., *Justa causa*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 39.

Compartilha dessa opinião Mauricio Godinho Delgado:

*“No tocante à dispensa por justa causa não pode haver dúvida de ser ela viável, juridicamente, desde que a falta tipificada obreira tenha ocorrido no próprio período de suspensão do pacto.”<sup>6</sup>*

Em suma, mesmo durante o período de suspensão do contrato de trabalho, subsiste a possibilidade de exercício do poder disciplinar, por meio da imposição de sanção disciplinar, após a devida apuração da falta no órgão para o qual o empregado público foi cedido.

### **3. Reflexos da destituição de cargo em comissão no contrato de trabalho do empregado público cedido**

Cumprе esclarecer que, no caso em apreço, o empregado que mantém os dois vínculos (contrato de trabalho e cargo em comissão) tem um único empregador: a União. Avançando nessa linha de raciocínio, a quebra da confiança na Administração direta, constatada em processo administrativo disciplinar, torna impossível a continuidade da relação de emprego.

Realmente, a aplicação da penalidade de destituição do cargo em comissão por prática de infração disciplinar compromete a confiabilidade que deve pautar a sua relação com o empregador (Estado), autorizando-se proceder à rescisão do contrato de trabalho do empregado.

6 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007, p. 1063.

Não se está aqui a dizer que toda e qualquer destituição de cargo em comissão tem o condão de gerar reflexo no vínculo empregatício original. Até mesmo por obediência ao princípio da proporcionalidade, somente as faltas graves podem produzir tal efeito.

Fixada essa premissa, segundo a qual a falta do empregado, por sua gravidade, torna impossível o prosseguimento da relação laboral, é possível sustentar que a aplicação da penalidade de destituição do cargo em comissão somente autoriza a rescisão do contrato de trabalho quando a infração disciplinar for punível originariamente com pena de demissão e quando essa infração disciplinar tiver enquadramento correspondente em alguma das hipóteses do artigo 482 da CLT.

Por esse raciocínio, afasta-se a possibilidade de o empregado apenado com destituição de cargo em comissão por irregularidade sujeita à suspensão (artigo 135 da Lei 8.112/90) ter rompido o seu vínculo empregatício. E, simultaneamente, restringe-se àquelas infrações disciplinares da Lei 8.112/90 que guardam correlação fática com as hipóteses de justa causa da legislação trabalhista.

#### 4. Justa causa: quebra da confiança

O descumprimento das obrigações contratuais é o elemento que conduz à configuração da justa causa. Mas não basta qualquer violação contratual; exige-se que o ato faltoso seja de natureza grave.

Sem dúvida, em prol do bom senso e do ideal de justiça, consubstanciados

no princípio geral de direito que recomenda atribuir a cada um o seu quinhão (*suum cuique tribuere*), deve existir proporcionalidade entre a falta e a punição, cabendo ao empregador aplicar as penas menos severas (advertência e suspensão) para as infrações mais leves, e o despedimento para as de maior gravidade.

No que tange ao empregado, o contrato de trabalho é sempre firmado intuitu personae, isto é, a obrigação de fazer consistente na prestação do serviço convencionado pelas partes não é fungível, não podendo ser satisfeita por outrem, mas tão somente por quem a contraiu.

Assim, um dos componentes fundamentais do vínculo trabalhista é a confiança, que se traduz em lealdade, e deve permear a relação entre as partes. O elemento fiduciário, em maior ou menor grau, “integra sempre a relação de emprego”<sup>7</sup>.

Portanto, em linhas gerais, a ocorrência de justa causa está relacionada ao rompimento da confiabilidade entre os polos da relação trabalhista.

#### 5. Indisponibilidade do interesse público

A rigor, a estatal que recebe o empregado público que foi destituído de seu cargo em comissão na Administração Direta, por infração disciplinar punível originariamente com demissão e que se insere em hipótese de justa causa da CLT, não tem a possibilidade de “perdo-

7 GIGLIO, Wagner D., Justa causa. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 18.

ar” o funcionário e mantê-lo em seus quadros.

No âmbito da Administração Pública, constatada a falta funcional, mediante o Devido Processo Legal, o superior hierárquico não possui liberdade de escolher entre punir ou não punir o empregado, consubstanciando-se em verdadeiro poder vinculado. Reside aí uma das diferenças entre o poder disciplinar privado e o poder disciplinar de que dispõe o Poder Público:

*“Distingue-se o poder disciplinar privado, trabalhista, do público, administrativo, à medida que, verificada a falta, o empregador pode relevá-la e não punir, perdendo o empregado, situação esta que não se verifica no direito administrativo, no qual o poder de aplicação de punições é um poder-dever.”*<sup>8</sup>

Tratando-se do mesmo empregador em ambos os vínculos, a União não poderia optar por permanecer com o empregado público faltoso. Por força da indisponibilidade do interesse público, o dirigente da estatal não tem discricionariedade para admitir o retorno do empregado público ao seu vínculo de origem.

Com efeito, a empresa estatal é entidade preposta a objetivos de interesse de toda a coletividade. Quem assume a responsabilidade de geri-la exerce função orientada ao cumprimento de fins que são impositivos, dispondo, na verdade, de um dever-poder. O dever de bem curar um interesse que não é próprio, mas da coletividade, e em nome

do qual lhe foi atribuído o poder, meramente instrumental, de bem servi-la.

## 6. Princípios constitucionais e empresas estatais

Ressalte-se que, mesmo com a mobilidade (consubstanciada na cessão para ocupar cargo em comissão na Administração Direta), o empregado público não deixa de ser responsável pela observância dos princípios constitucionais.

Ademais, como o Estado é o empregador, devem-se aplicar os princípios constitucionais aos dois vínculos. Na doutrina, não há dúvida de que as empresas estatais também devem se pautar pela moralidade administrativa:

*“Deveras, o art. 37, que vaza não apenas regras, mas princípios da Administração Pública direta e indireta, abrangendo, portanto, as empresas estatais, submete-as ao princípio da moralidade administrativa.”*<sup>9</sup>

Realmente, a Constituição Federal, em seu artigo 37, *caput*, é de clareza solar ao determinar que a “Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União” obedecerá aos princípios da legalidade, da publicidade, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

E estaria patente a ofensa aos princípios da moralidade e da eficiência, caso o empregado público pudesse ser admitido na sua entidade de origem, após

8 COUTINHO. Aldacy Rachid. Poder punitivo trabalhista. 1ª ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 144-145.

9 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 214.

ser apenado com destituição de cargo em comissão por cometimento de infração disciplinar grave, devidamente comprovada.

O controle sobre as empresas estatais deve ter a mesma intensidade daquele exercido sobre a administração centralizada. Segundo Carlos Mário da Silva Velloso, dizer que a empresa pública e a sociedade de economia mista operam sob regime de direito privado *“não significa divorciá-las do controle público e relegá-las ao desregramento ou à incúria na aplicação de recursos oriundos do erário”*<sup>10</sup>.

O Estado não pode tolerar um empregado que comete falta de elevada gravidade, até mesmo por incompatibilidade com o exercício de emprego na própria Administração Pública que lhe aplicou a penalidade expulsiva.

Não se pode negar ao Estado-empregador, como a qualquer outra pessoa física ou jurídica, o direito de zelar por seu patrimônio, afastando de seu convívio o profissional que ofereça risco à integridade de seus bens e serviços.

### **6.1. As implicações do “regime jurídico único”**

Antes da Constituição de 1988, observava-se a pluralidade de regimes que regulavam o vínculo dos trabalhadores com a Administração Pública. Essa realidade levou à existência de *“servidores que, exercendo funções idênticas ou assemelhadas, prestando serviços para*

10 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Empresas estatais: responsabilidade e controle. p. 93. In: Revista de Direito Público, São Paulo, ano 21, n. 85, p. 81-94., janeiro-março 1988.

*a mesma pessoa ou no mesmo órgão, eram regidos por normas diferentes”*<sup>11</sup>.

Nesse panorama, a inobservância da isonomia gerava a insatisfação das entidades representativas dos servidores, além das reivindicações dos administradores públicos que buscavam pôr fim à desorganização e à falta de critérios na regulação jurídica da função pública.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, instituiu-se a obrigatoriedade do regime jurídico único de pessoal, nos termos da redação original do artigo 39:

*“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.”*<sup>12</sup>

Com essa previsão, a Carta Magna não criou um novo regime, mas impôs que se estabelecesse um sistema único para todos os “servidores”, sem, todavia, estipular qual.

O que a nova ordem constitucional não admitia era que, no mesmo ente da Administração Pública, houvesse mais de um regime jurídico para regular o vínculo de pessoal. Isso significava dizer que *“quem ingressasse na Administração*

11 ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Os regimes jurídicos dos servidores públicos no Brasil e suas vicissitudes históricas. p. 220. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 50, p.201-234, janeiro-junho 2007.

12 A redação original transcrita do art. 39 foi revigorada e permanece vigendo, por força da decisão prolatada na ADIN nº 2.135-4 pelo Supremo Tribunal Federal.



*Pública dali em diante teria que ser regido pelo mesmo regime jurídico”<sup>13</sup>.*

Para alguns autores, deixou-se aos entes estatais, em todas as esferas de governo, a determinação da natureza do regime, que poderia ser de direito público (estatutário) ou de direito privado (trabalhista), ou, ainda, de um terceiro tipo. Seja como fosse, ainda que se cogitasse de um terceiro tipo de regime, este teria como limites “os mesmos dos outros dois: a obediência às normas constitucionais, comuns a qualquer regime que se venha a elaborar”<sup>14</sup>.

Pretende-se, assim, deixar claro que, ao longo do tempo, houve a concomitância de dois regimes jurídicos na Administração direta, autárquica e fundacional, e que as diferenças entre as duas espécies de relação jurídica daqueles que serviam à Administração, no mais das vezes, não restavam tão nítidas. É certo, porém, que a submissão ao ordenamento constitucional é um traço comum.

À luz dos princípios, a concepção de “servidor público” e “empregado público” é a mesma, inclusive para efeito de aplicação de penalidade disciplinar, no caso de seu descumprimento. Portanto, pelos princípios constitucionais, é possível estabelecer os parâmetros de punição.

Nesse contexto, vige a supremacia do interesse público sobre as relações

13 COUTINHO, Ana Luísa Celino. Há estabilidade do empregado público?. p. 106. In: Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju, nº 2, 2002, p. 105-111.

14 ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Os regimes jurídicos dos servidores públicos no Brasil e suas vicissitudes históricas. p. 222. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 50, p.201-234, janeiro-junho 2007.

individuais, no âmbito do Estado Democrático de Direito. Se é certo que esse paradigma democrático se caracteriza por privilegiar a participação dos cidadãos, com direitos e deveres recíprocos, reforça-se a exigência de que os agentes públicos, estejam ou não em seu vínculo de origem, cumpram os princípios constitucionais, fundamentos do Estado Republicano.

## **7. Improbidade administrativa: impossibilidade de retorno ao serviço público, à luz dos princípios constitucionais**

Como visto, os princípios constitucionais apontam para a impossibilidade de o empregado público faltoso retornar ao seu vínculo de origem após ser destituído de cargo em comissão na Administração Pública direta por falta funcional de natureza grave.

Não é só. Também na legislação infraconstitucional, há impedimento para que o empregado apenado com destituição, no caso específico de prática de improbidade administrativa, dê continuidade à sua relação de emprego original. É o que revela o artigo 137, parágrafo único, da Lei 8.112/90:

*“Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.”*

Certamente que a expressão “serviço público federal” inscrita no referido dispositivo alcança as empresas públicas e as sociedades de economia mista, enti-

dades integrantes da Administração Pública Federal indireta.

O que se pretende demonstrar é que, no caso específico tratado neste ensaio, a aplicabilidade do referido dispositivo não é inconstitucional.

Não se está aqui a dizer que vigora a impossibilidade de retorno ad eternum ao serviço público federal. Na verdade, reputa-se que o art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/90<sup>15</sup> é norma que, em algumas situações, pode ensejar efeitos inconstitucionais, na medida em que se constituiria em pena de caráter perpétuo, prática vedada pelo art. 5º, inciso XLVII, alínea “b”, da Constituição Federal.

Todavia, uma norma infraconstitucional pode ter sentidos hermenêuticos inconstitucionais, mas permanecer válida, ou seja, hígida no sistema normativo, graças a outros sentidos hermenêuticos em harmonia com a Carta Magna. E quando um dispositivo apresenta vários sentidos, o jurista deve primar por aquela interpretação que melhor englobe os vários valores constitucionais incidentes à espécie.

15 Registre-se que o art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/90 tem sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal na ADIN nº. 2975-4, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes.

É o que ocorre com o art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/90. À primeira vista, trata-se de norma inconstitucional, como explicado acima. Ocorre que tal norma pode ser validamente invocada para impedir que o empregado público que acabou de ser destituído de cargo em comissão por prática de improbidade administrativa volte aos quadros da Administração, retomando o seu contrato de trabalho original. Nessa leitura, o dispositivo está em consonância com o texto constitucional, na medida em que assegura a observância aos princípios da moralidade e da eficiência.

Trata-se da técnica hermenêutica denominada interpretação conforme a Constituição, por meio da qual o jurista afirma que *“certas formas são compatíveis com o texto constitucional, e, da mesma forma, declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”*<sup>16</sup>.

Assim, quando o empregado público cedido à Administração Pública Federal direta é punido com destituição do cargo em comissão por ato de improbidade administrativa, não poderá haver o seu retorno à estatal de origem, ante a incidência do art. 137, parágrafo único, da Lei 8.112/90, partindo-se de uma interpretação conforme a Constituição.

16 HEINEN, Juliano. A interpretação conforme a constituição. p. 224. In: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 35, nº 110, p. 221-232, junho 2008.

## Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Os regimes jurídicos dos servidores públicos no Brasil e suas vicissitudes históricas. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 50, p.201-234, janeiro-junho 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 32ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Poder punitivo trabalhista. 1ª ed., São Paulo: LTr, 1999.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. Há estabilidade do empregado público?. In: Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju, nº 2, 2002, p. 105-111.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 6ª ed., São Paulo: LTr, 2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. In: Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 16-47, abril-junho 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A concretização dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (org.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2004, p. 281-289.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 312.

GIGLIO, Wagner D., Justa causa. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

HEINEN, Juliano. A interpretação conforme a constituição. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 35, nº 110, p. 221-232, junho 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Improbidade administrativa de servidor público e sua apuração no âmbito da justiça do trabalho. In: SOARES, José Ronald Cavalcante (org.). O servidor público e a justiça do trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 89-101.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; ZAINAGUI, Domingos Sávio. CLT interpretada. 2ª ed., Barueri: Manole, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. Manual da justa causa. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MESQUITA, Luiz José de. Direito disciplinar do trabalho. 1ª ed., São Paulo: LTr, 1991.

MORAES FILHO, Evaristo de. A justa causa na rescisão do contrato de trabalho. 3ª ed., São Paulo: LTr, 1996.

RIBEIRO, Wagner da Silva. O direito do trabalho e a administração pública. In: OLIVEIRA, Antonio Carlos; FILHO, Rodolfo Pamplona (org.). Estudos de direito. São Paulo: LTr, 1998, p. 279-305.

ROSTELATO, Telma Aparecida. Princípios constitucionais: o papel ocupado no ordenamento jurídico brasileiro. In: Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, ano 20, n. 229, p. 09-34, setembro 2008.

SILVA, Antônio Álvares da. Proteção contra a dispensa na nova constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Empresas estatais: responsabilidade e controle. In: Revista de Direito Público, São Paulo, ano 21, n. 85, p. 81-94., janeiro-março 1988.

# Recuperação de recursos públicos malversados – uma alternativa para a ineficácia das tomadas de contas especiais

**Ricardo Cravo Midlej Silva**, Pós-graduado em Ciência Política pelo Instituto de Cooperação e Assistência Técnica (ICAT/AEUDF) e em Direito Disciplinar na Administração Pública pela Universidade de Brasília, Advogado da União, Assessor Especial do Ministro de Estado do Controle e da Transparência

Antes mesmo de assumir a Presidência do Tribunal de Contas da União, o Ministro UBIRATAN AGUIAR já externava, em entrevistas a veículos de comunicação, a sua peculiar concepção acerca da histórica ineficácia das decisões proferidas por aquela Corte – no tocante à responsabilização pecuniária dos administradores públicos por má aplicação (lato sensu) dos recursos públicos federais.

No entender de Sua Excelência, a Advocacia-Geral da União, responsável pela execução das decisões emanadas do Tribunal de Contas da União, não teria a agilidade necessária no resgate do dinheiro desviado ou irregularmente aplicado<sup>1</sup>. Defendia o Ministro, incon-

formado com a lentidão da AGU<sup>2</sup>, a aprovação de proposta de emenda constitucional que tramitava, até o início de julho de 2009, no Congresso, o qual daria ao Tribunal o “direito” da auto-executoriedade:

*“O Tribunal de Contas da União cumpre sua missão e no momento em que o Congresso Nacional nos der a auto-executoriedade, que eu defendo, de nossas decisões, o assunto de recuperação rápida de recursos públicos que foram mal utilizados estará resolvido.”<sup>3</sup>*

Em outras ocasiões, embora destinando suas críticas à morosidade da

1 *“Governo recupera menos de 1% de recursos públicos desviados”*. Sítio Último Segundo, do Portal IG, Sábado, 30 de agosto de 2008.

2 *Idem, ibidem.*

3 *“TCU quer ter poder de executar as próprias decisões”*. Correio Braziliense, terça-feira, 10 de março de 2009.

Justiça, insistia o Ministro no tema, a alegar que, quando a Advocacia-Geral recebia os processos oriundos do Tribunal de Contas, para execução de seus julgados, dez ou quinze anos depois do fato, muitos gestores responsabilizados já se teriam desfeito de seu patrimônio<sup>4</sup>.

A proposição do Presidente do Tribunal de Contas consiste, ao que parece, em criar uma estrutura no âmbito da própria Corte, a fim de realizar, ali mesmo, o que atualmente é função do Poder Judiciário: fazer valer o comando expresso em seus julgados.

Mais compreensível se torna a tese à medida que se aprofunda o exame da Proposta de Emenda à Constituição nº 30, de 2005, do Senador ANTONIO CARLOS VALADARES:

*“Art. 1.º O § 3.º do art. 71 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:*

*‘Art. 71.....*

*.....*

*§ 3.º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa gozarão de auto-executoriedade, ficando o Tribunal investido de poderes constitutivos típicos das autoridades judiciais para satisfação do crédito, respeitados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da apreciação de lesão ou dano pelo Poder Judiciário, dentre outros.*

*.....*

*.....*

*(NR)‘*

4 “Capacidade de atuação limitada”. Correio Braziliense, segunda-feira, 10 de dezembro de 2007.

*Art. 2.º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.”*

Extrai-se de trecho da justificação do Projeto de Emenda a motivação do parlamentar proponente:

*“É sempre bom lembrar que as decisões do Tribunal de Contas da União são atos administrativos, e por isso mesmo subordinam-se aos princípios da Administração Pública previstos no art. 37 da Constituição Federal, quais sejam o princípio da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência; daí porque as decisões do Tribunal de Contas deve ter, como todo e qualquer ato administrativo, o atributo da auto-executoriedade, isto é, a admissão da execução de ofício das decisões administrativas sem intervenção do Poder Judiciário. Desse ponto de vista, o ato administrativo vale como própria ‘sentença’ do juiz, ainda que possa ser revista por este.” (...) “No caso, é patente que as decisões do Tribunal de Contas deverão ser dotadas de auto-executoriedade, em vista da especialização da sua atribuição de fiscalizar o uso de recursos públicos, do profissionalismo do seu quadro funcional, da rapidez com que poderá recuperar os recursos públicos sem sobrecarregar o Poder Judiciário. É notório que o interesse público exige essa demanda.”<sup>5</sup>*

Todavia, a par de sua questionada constitucionalidade<sup>6</sup>, a fórmula preconizada tanto pela Proposta como pelo

5 Ver em “atividade legislativa”, no sítio [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br).

6 Efetivamente, antes da conclusão deste texto, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal acatou o parecer do relator, o Senador RENATO CASAGRANDE, pela rejeição da

Ministro UBIRATAN AGUIAR não parece dar solução efetiva ao problema apontado. Com efeito, o próprio Tribunal de Contas da União reconhece que os casos de desvios ou fraude já chegam à Corte com cinco, dez anos de atraso. E, lá, outros tantos transcorrem até que prolatada a decisão final.

Enfrentar, portanto, a fase posterior ao julgamento do processo pelo TCU, mesmo com o apoio desse inovador atributo da auto-executoriedade, nada ou muito pouco concorreria para modificar o quadro de baixa recuperação de verbas públicas malversadas<sup>7</sup>.

Um paliativo, no âmbito do Tribunal de Contas da União, talvez fosse se valer, com maior arrojo, do amplo poder de cautela oferecido pelo **caput** e parágrafos do art. 44, da Lei nº 8.443/92, e pelo próprio Regimento Interno da Corte. Afinal, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu possuir o TCU legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e **garantir a efetividade de suas decisões**, em emblemática decisão relatada pela Ministra ELLEN GRACIE (Mandado de Segurança nº 24.510-DF, Plenário, DJ de 19-3-2004), cuja ementa é a seguinte:

*“PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO.*

---

Proposta, por inconstitucionalidade. Mais informações no sítio do Senado Federal na internet.

7 Nada obstante, a Advocacia-Geral da União tem noticiado, em sua página eletrônica, êxitos alcançados na execução de títulos extrajudiciais consistentes em julgados do TCU (cf., p.ex., [http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=84285&id\\_site=3](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=84285&id_site=3)

1- *Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada.*

2- *Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei n.º 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões).*

3- *A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável.*

4- *Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.”*

Mesmo ocasional necessidade de manutenção da indisponibilidade de bens do responsável bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração, por período superior a um ano – o máximo previsto na Lei nº 8.443/92 (art. 44, § 2º) –, poderia ser amparada pelo Poder Judiciário, mediante pedido da Advocacia-Geral da União.

Essa matéria – óbices e limites da competência do Tribunal de Contas da União para adotar a medida cautelar de indisponibilidade de bens – não escapou ao agudo discernimento de BENJAMIN ZYMLER, outro eminente Ministro da Corte:



*“Discutiu-se, no âmbito do TCU, os limites da competência da Corte de Contas quanto à possibilidade efetiva de decretar-se a indisponibilidade de bens de responsáveis por dinheiros públicos, como medida cautelar adotada no transcurso de processo de fiscalização de atos e contratos, tal como previsto no § 2.º do art. 44 da Lei n.º 8.443/1992. Considerou-se, inicialmente, que a ausência de normas processuais específicas que explicitassem os procedimentos inerentes a tal medida poderia justificar o questionamento judicial de providência dessa natureza, sob o argumento de violação da garantia constitucional contida no inciso IV do art. 5.º da Constituição Federal.*

*Ao se deparar, contudo, com as ocorrências relacionadas às obras de construção do edifício sede do Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região, São Paulo/SP e provocado por requerimento do Ministério Público do TCU, o Tribunal, por meio da Decisão n.º 26/2001 – TCU – Plenário, decidiu decretar a indisponibilidade de bens de responsáveis arrolados no processo.*

*(...)*

*Ao final, o Tribunal, por meio da referida Decisão n.º 26/2001 – TCU – Plenário, decretou, cautelarmente, pelo prazo de 1 (um) ano, a indisponibilidade de bens dos responsáveis arrolados no feio, ‘tantos quantos bastantes para garantir o ressarcimento do débito.’”<sup>8</sup>*

São poucos, de outro lado, os registros, na AGU, de solicitações de arresto de bens dos responsáveis julgados em débito pelo Tribunal de Contas da União, na forma do art. 61 da Lei n.º

8.443, de 16 de julho de 1992<sup>9</sup>, situação a sugerir o reconhecimento, pela própria Corte, de sua regular inutilidade.

Entretanto, o autêntico cerne da questão reside, ao que tudo indica, na “fase interna” da **tomada de contas especial**, isto é, na fase “administrativa” dos processos de tomada de contas especial (TCE), em que os administradores públicos identificam a presença de ao menos uma das causas para sua instauração: 1) omissão no dever de prestar contas; 2) não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União; 3) ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos; 4) ou, ainda, a prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário.

Embora a escassa efetividade das decisões do Tribunal de Contas da União, no tocante a seu aspecto pecuniário, não se limite às tomadas de contas especiais, iniciar por aí o enfrentamento do problema aparenta ser medida sensata – porque é nas TCEs que a irregularidade e o dano ao erário transparecem mais nitidamente, e com maior intensidade. Ademais, são ampliadas, nessa fase, as chances de localizar patrimônio ainda em poder dos responsáveis pela má aplicação do dinheiro público.

E o que fazer?

Tomada de contas especial é, basicamente, o meio pelo qual a Administração

<sup>8</sup> ZYMLER, Benjamin. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONTROLE. Belo Horizonte, Fórum, 2005, pags. 464/467.

<sup>9</sup> “Art. 61. O Tribunal poderá, por intermédio do Ministério Público, solicitar à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição.”



apura a responsabilidade por omissão ou irregularidade na prestação de contas, ou pela causação de dano ao erário, para julgamento pelo Tribunal de Contas da União. O objetivo do processo, em suma, é apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar os danos.

Na abalizada dicção de JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, *“tomada de contas especial - TCE é um procedimento excepcional, de natureza administrativa, que visa apurar responsabilidade por omissão, por irregularidade no dever de prestar contas ou por dano causado ao erário”*<sup>10</sup>.

Vale lembrar que, grosso modo, estão sujeitos à prestação ou tomada de contas todos os administradores<sup>11</sup> e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário.

O processo de tomada de contas especial segue um rito hoje estabelecido na Lei nº 8.443, de 1992 – Lei Orgânica

10 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL: JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA. Belo Horizonte, Fórum, 2.ª edição, 2005, pag. 355.

11 A despeito de eventual identidade dos motivos para sua instauração, a tomada de contas especial não pode ser usada como sucedâneo do processo administrativo disciplinar, como se deduz, seja dito, das disposições alusivas ao instituto encontradas no Decreto-Lei n.º 200 (v, adiante, no texto). A Suprema Corte já teve oportunidade de dirimir a questão, de passagem, ao julgar o Mandado de Segurança n.º 24961-DF (Plenário, Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 4-3-2005).

do Tribunal de Contas da União<sup>12</sup>. Por ele, após lançado o relatório do tomador das contas, os autos são encaminhados ao órgão de controle interno, para emissão de parecer, e, depois disso, para o Ministro de Estado supervisor da área, a quem cabe por último se pronunciar, antes da remessa ao Tribunal de Contas.

No entanto, de acordo com os arts. 82, § 2º, e 84, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, cabe à autoridade administrativa adotar as providências indispensáveis para resguardar o interesse público e a probidade na aplicação dos dinheiros públicos, bem como para obter o ressarcimento ao erário – sem prejuízo do envio da tomada de contas ao Tribunal de Contas da União:

*“Art. 82. As tomadas de contas serão objeto de pronunciamento expresso do Ministro de Estado, dos dirigentes de órgãos da Presidência da República ou de autoridade a quem estes delegarem competência, antes de seu encaminhamento ao Tribunal de Contas para os fins constitucionais e legais.*

*§ 1.º A tomada de contas dos ordenadores, agentes recebedores, tesoureiros ou pagadores será feita no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias do encerramento do exercício financeiro pelos órgãos encarregados da contabilidade analítica e, antes de ser submetida a pronunciamento do Ministro de Estado, dos dirigentes de órgãos da Presidência da República ou da autoridade a quem estes delegarem compe-*

12 A Instrução Normativa TCU n.º 56, de 5 de dezembro de 2007, dispõe sobre instauração e organização de processo de tomada de contas especial e dá outras providências.

tência, terá sua regularidade certificada pelo órgão de auditoria.

**§ 2.º Sem prejuízo do encaminhamento ao Tribunal de Contas, a autoridade a que se refere o parágrafo anterior no caso de irregularidade, determinará as providências que, a seu critério, se tornarem indispensáveis para resguardar o interesse público e a probidade na aplicação dos dinheiros públicos, dos quais dará ciência oportunamente ao Tribunal de Contas.**

(...)"

*"Art. 84. Quando se verificar que determinada conta não foi prestada, ou que ocorreu desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, as autoridades administrativas, sob pena de co-responsabilidade e sem embargo dos procedimentos disciplinares, deverão tomar imediatas providências para assegurar o respectivo ressarcimento e instaurar a tomada de contas, fazendo-se as comunicações a respeito ao Tribunal de Contas."*

Como se vê, em pelo menos duas disposições (art. 82, § 2º; art. 84), o Decreto-Lei nº 200/67 impõe ao administrador, diante de irregularidades, a adoção de providências para resguardar o interesse público e a probidade na aplicação dos dinheiros públicos, afora a instauração de tomada de contas. Mais que medida salutar na preservação dos recursos públicos, é dever do administrador velar pela pronta recuperação de verbas federais empregadas irregularmente. Infere-se o mesmo da leitura da Lei nº 8.443/92, do

art. 116 da Lei das Licitações<sup>13</sup> e do próprio texto constitucional.

Note-se, ainda a propósito, que a locução "a seu critério", contida no parágrafo 2.º do art. 82, não pode ser entendida como simples concessão à liberalidade do administrador de implementar ou não as medidas disponíveis, segundo seu particular critério. A discricionariedade que o dispositivo parece ali sugerir revela, na realidade, um dever do gestor de, entre as possíveis, adotar **todas** as necessárias a salvaguardar o interesse público e a probidade na aplicação dos dinheiros públicos, em conformidade com a Constituição em vigor.

Todavia, é sabido que semelhante proceder não constitui a praxe administrativa. Razões várias – entre as quais se podem incluir o desconhecimento da lei, o menosprezo pela coisa pública, a desídia, os compromissos políticos, o receio de represálias de toda a espécie, corrupção e até mesmo a crença generalizada de que a única providência a adotar, na espécie, é a remessa do caso ao Tribunal de Contas – impedem que a malversação de recursos da União, nessas hipóteses, seja combatida no tempo devido. E haverá quem defenda, não sem aplausos de significativa parcela da burocracia, que se restringir a submeter questões tais à Corte de Contas acaba por *liberar* o gestor público para, assim,

13 "Art. 116, § 6º: Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos."

se dedicar inteiramente à atividade-fim da Administração.

Aliás, sobre essa pretensa exclusividade do TCU para manusear o que será conteúdo das tomadas de contas especiais, é a própria Corte que, a reafirmar o comando inserido no Decreto-Lei nº 200, inscreve, nos considerandos da Instrução Normativa - TCU nº 56, de 5 de dezembro de 2007, que *“dispõe sobre instauração e organização de processo de tomada de contas especial e dá outras providências”*:

*“(...) considerando que o administrador público federal tem o dever de adotar medidas para ressarcimento de dano causado aos cofres da União, independentemente da atuação do TCU;*

.....  
.....  
.....

*considerando, finalmente, que o TCU, na condição de órgão julgador das contas de administradores públicos federais e de responsáveis por danos à administração pública federal, somente deve ser acionado após esgotamento das providências administrativas internas, resolve (...).”*

Ainda que assim não fosse, haveria medidas elementares que o Administrador bem poderia tomar, sem descurar de seus regulares afazeres: transitasse, de ordinário, todo o processo de tomada de contas especial pela consultoria jurídica ou procuradoria de cada Ministério, órgão ou entidade do Poder Executivo Federal, o Advogado da União, Procurador Federal ou advogado designado para examinar sua conformidade com a lei e com os diplomas editados pelo Tribunal de Contas avaliaria, nesse momento, a conveniência de pos-

tular medidas judiciais para resguardar o interesse público e a probidade administrativa, como determina a legislação, diante da recalcitrância do responsável pela irregularidade.

Seria, pois, o *advogado público* o encarregado de orientar o gestor no não raro desconhecido, e por isso aflitivo, caminho até o Judiciário, aproximando-o da *procuradoria do órgão* – expressão cunhada na Lei de Improbidade Administrativa<sup>14</sup>.

Nesse procedimento, até um predito do futuro acórdão proferido pelo Tribunal de Contas, a natureza de título executivo extrajudicial, poderia ser outorgado, ainda na esfera administrativa, ao resultado da tomada de contas especial, como vem experimentando, com algum sucesso, a Fundação Nacional da Saúde (FUNASA)<sup>15 16</sup>.

Na verdade, a tomada de contas, sem prejuízo de sua finalidade primitiva, prescrita em lei, assume, aqui, feição distinta, qual seja a de constituir a prova, produzida na esfera administrativa, da liquidez e certeza do crédito – ou do

14 Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – “Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público.”

15 A Procuradoria da FUNASA inovou na forma como lidar com os recursos repassados por intermédio de convênios: verificada irregularidade em sua aplicação pelo beneficiário, instaurava a competente tomada de contas especial e, apurado o crédito, inscrevia-o em dívida ativa e promovia a respectiva ação de execução fiscal.

16 Ainda a respeito, o Acórdão nº 1418, proferido pelo Tribunal de Contas da União no Processo nº TC 011.598/2007-9, contém orientações no sentido de adequar as execuções fiscais promovidas pela FUNASA à legislação constitucional de regência das atribuições daquela Corte.

fato e sua autoria –, a ser oposta pela União, em juízo, ao responsável pela aplicação irregular do dinheiro público. Não se trata, a toda a evidência, de substituição pela via judicial das relevantes funções cometidas ao Tribunal de Contas, senão do estrito cumprimento do dever difuso imposto pela lei ao Administrador, e em benefício do erário.

Observe-se que o Supremo Tribunal Federal há tempos já assentou, sobre o tema, a independência entre as instâncias civil, penal e administrativa. Numa dessas circunstâncias, em que se brandiam, contra tomada de contas especial, a não observância das normas da Lei nº 8.112, de um lado, e a pendência de ação civil pública por ato de improbidade administrativa acerca dos mesmos fatos, de outro, o Excelso Pretório deliberou indeferir mandado de segurança impetrado por servidora pública condenada pelo TCU, mediante aresto assim substanciado (Mandado de Segurança nº 25880-DF, Plenário, Ministro EROS GRAU, DJ de 16-3-2007):

*“MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5.º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N. 8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA.*

*1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5.º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92].*

*2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n. 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 04.03.2005].*

*3. Não se impõe a observância, pelo TCU, do disposto nos artigos 148 a 182 da Lei n. 8.112/90, já que o procedimento da tomada de contas especial está disciplinado na Lei n. 8.443/92.*

*4. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal.*

*5. A comprovação da efetiva prestação de serviços de assessoria jurídica durante o período em que a impetrante ocupou cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região exige dilação probatória incompatível com o rito mandamental. Precedente [MS n. 23.625, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 27.03.2003].*

*6. Segurança denegada, cassando-se a medida liminar anteriormente conce-*

*da, ressalvado à impetrante o uso das vias ordinárias.”*

É novamente o TCU quem, por sinal, esclarece à Administração sobre como agir no caso de intentar ações judiciais que reproduzem questões versadas em tomadas de contas especiais:

*“A existência de ação judicial em tramitação não implica a suspensão de processos que tratem do mesmo objeto no TCU, em virtude do Princípio da Independência das Instâncias, conforme Acórdão 2017/2007 - Segunda Câmara. O julgamento de tomada de contas especiais decorrente de irregularidades de que resultem prejuízo ao erário é competência constitucional originária conferida ao TCU pela Constituição da República (art. 71, inciso I). Assim, não se deve condicionar o exercício dessa competência, ainda que com ressalvas, à inexistência de ação judiciária. Cabe salientar que a ação judicial de ressarcimento eventualmente impetrada pode não ter o mesmo escopo, em relação ao dano e aos responsáveis, que uma TCE que venha a ser apreciada nesta Corte, que dispõe ainda de instrumentos céleres e eficazes, como inspeção, auditoria etc., para apurar os fatos irregulares em sua plenitude. Não raras vezes as informações colhidas pelo TCU são solicitadas e enviadas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público para complementar os processos judiciais, inclusive os de ressarcimento. É importante, no entanto, que conste do processo de TCE a informação relativa à ação judicial (n.º do processo, foro onde tramita a ação, cópia da petição inicial).”<sup>17</sup>*

17 Ver [http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/tce/perguntas\\_frequentes](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/tce/perguntas_frequentes)

À míngua, apesar disso, de mais esforços do gênero, na Administração Pública, a Controladoria-Geral da União, na qualidade de Órgão Central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, está a conceber interessante alternativa para enfrentar o problema: uma vez que, em sua chamada fase interna, que se desenvolve no âmbito “administrativo”, todas as tomadas de contas especiais necessariamente tramitam pela Controladoria-Geral – não somente para obterem o parecer do dirigente do órgão de controle interno, mas também para que se verifique sua correspondência procedimental e documental com a lei própria e com os normativos e julgados do TCU –, ela própria exerceria, com a vantagem da maior experiência no aspecto **controle**, o papel de catalisador do cumprimento daquela determinação do ordenamento jurídico, manifesta no Decreto-Lei nº 200/67.

Em rigor, essa função encontra respaldo tanto no art. 35, § 4º, da Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, que “organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências”<sup>18</sup>, como no art. 17, § 3º, da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003<sup>19</sup>, que dispõe sobre a or-

18 “Art. 35, § 4o: Quando ocorrer prejuízo à União, os órgãos e as unidades do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal adotarão as providências de sua competência, previstas na legislação pertinente, com vistas ao ressarcimento ao erário.”

19 “Art. 18, § 3o: A Controladoria-Geral da União encaminhará à Advocacia-Geral da União os casos que configurem improbidade administrativa e todos quantos recomendem a indisponibilidade de bens, o ressarcimento ao erário e outras providências a cargo daquele órgão, bem como provocará, sempre



ganização da Presidência da República e dos Ministérios.

Fundamentalmente, ao examinar os autos de cada processo de TCE, a fim de neles lançar relatório e certificado de auditoria (art. 9º da Lei nº 8.443/92), o órgão de controle interno – o mais das vezes, a Controladoria-Geral da União – tem ali a oportunidade de vislumbrar, com um sensato distanciamento da gestão, indícios da prática de crime ou improbidade administrativa, a ensejar, afora outras penas, de natureza política, penal, administrativa, civil, o ressarcimento ao erário.

Em síntese, ao mesmo tempo em que encaminha as provas das irregularidades à Corte de Contas, o órgão de controle interno provoca, desde logo, a atuação da Advocacia-Geral da União, ou a procuradoria do ente público, para as ações judiciais cabíveis, relativas a medidas cautelares, ressarcimento ao erário, responsabilidade por danos causados e outras sanções previstas na legislação. Tem-se, com a singela adoção de medida dessa natureza, a antecipação da fase judicial do litígio respectivo em alguns anos, com muito maiores chances de êxito<sup>20</sup>.

Os inconvenientes dessa mecânica seriam, em princípio, a) o risco de criação,

---

que necessária, a atuação do Tribunal de Contas da União, da Secretaria da Receita Federal, dos órgãos do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e, quando houver indícios de responsabilidade penal, do Departamento de Polícia Federal e do Ministério Público, inclusive quanto a representações ou denúncias que se afigurarem manifestamente caluniosas.”

20 Sobre a coexistência de ação de conhecimento com ação executiva de acórdão do Tribunal de Contas, ambas fundadas num mesmo fato jurídico, vale consultar comentários e advertência do em. Ministro BENJAMIN ZYMLER (ZYMLER, Benjamin. Op. cit., pags. 480/482).

na repartição da CGU encarregada de preparar as TCEs, de um indesejável obstáculo para a tempestiva remessa das informações ao órgão jurídico responsável pelas providências cabíveis em juízo; e b) a ausência, no âmbito da atividade típica de controle interno, de uma avaliação propriamente *jurídica* dos fatos e dados – que não poderia ser suprida apenas com o apoio da sempre assoberbada Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral.

Mas o primeiro embaraço potencial vai sendo paulatinamente afastado com a crescente reestruturação do setor específico, na CGU. Para o segundo, que melhor solução haveria a não ser o exame de toda a documentação pelos próprios *advogados públicos* incumbidos, na Procuradoria-Geral da União e na Procuradoria-Geral Federal, da atuação judicial proativa da União, de suas autarquias e fundações? Nessa atividade, os órgãos contenciosos da Advocacia-Geral da União lançariam mão, quando fosse o caso, dos subsídios obteníveis das unidades de consultoria e assessoramento jurídico dos órgãos e entidades envolvidos, de acordo com a sistemática há muito em prática.

De resto, essa sinergia entre a Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União já está consolidada, seja formalmente pelo Acordo de Cooperação Técnica nº 001, celebrado em 2007, seja pela própria atividade proativa da AGU, a partir dos achados de auditorias e fiscalizações do controle interno, cujos resultados positivos já começam a aparecer. Eis, a seguir, o quadro demonstrativo da iniciativa<sup>21</sup>:

---

21 Dados obtidos em 15 de julho de 2009, do Departamento de Patrimônio e Probidade Administrativa, da Procuradoria-Geral da União – órgão da Advocacia-Geral da União.

**AÇÕES AJUIZADAS COM BASE NOS RELATÓRIOS DA CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO**

| UNIDADE  | UF | Região | Ações Ajuizadas |           | Bloqueio de Bens |          |
|--|----|--------|-----------------|-----------|------------------|----------|
|  |    |        | 2008            | 2009      | 2008             | 2009     |
| Procuradoria da União no Piauí                         | PI | 1ª     | 11              | 9         |                  |          |
| Procuradoria da União em Goiás                         | GO | 1ª     | 10              | 2         |                  |          |
| Procuradoria-Seccional da União em Santarém            | PA | 1ª     | -               | 2         |                  |          |
| Procuradoria da União em Roraima                       | RR | 1ª     | -               | 4         |                  |          |
| Procuradoria-Seccional da União em Uberlândia          | MG | 1ª     | -               | 2         | -                | 1        |
| Procuradoria-Seccional da União em Ilhéus              | BA | 1ª     | 22              | -         |                  | 2        |
| Procuradoria da União em Minas Gerais                  | MG | 1ª     | 2               | 40        | -                | 5        |
| Procuradoria da União na Bahia                         | BA | 1ª     | 51              | -         |                  |          |
| Procuradoria da União em Mato Grosso                   | MT | 1ª     | 24              | -         |                  |          |
| Procuradoria da União no Acre                          | AC | 1ª     | -               | -         |                  |          |
| Procuradoria da União no Pará                          | PA | 1ª     | 6               | 4         |                  |          |
| Procuradoria da União no Tocantins                     | TO | 1ª     | -               | 12        | -                | -        |
| Procuradoria da União no Maranhão                      | MA | 1ª     | 14              | -         |                  |          |
| <b>TOTAL - 1ª Região</b>                               |    |        | <b>140</b>      | <b>75</b> | <b>0</b>         | <b>8</b> |
| Procuradoria-Seccional da União em Campos              | RJ | 2ª     | -               | -         |                  |          |
| Procuradoria-Seccional da União em Niterói             | RJ | 2ª     | -               | -         |                  |          |
| Procuradoria-Regional da União - 2ª Região             | RJ | 2ª     | -               | 1         |                  |          |
| Procuradoria da União em Espírito Santo                | ES | 2ª     | 2               | 3         |                  |          |
| <b>TOTAL - 2ª Região</b>                               |    |        | <b>2</b>        | <b>4</b>  | <b>0</b>         | <b>0</b> |
| Procuradoria-Seccional da União em Bauru               | SP | 3ª     | -               | 0         |                  |          |
| Procuradoria-Seccional da União em Santos              | SP | 3ª     | -               | -         |                  |          |
| Procuradoria-Seccional da União em São José dos Campos | SP | 3ª     | 4               | -         |                  |          |



|  |    |    |            |            |          |           |
|--|----|----|------------|------------|----------|-----------|
| Procuradoria-Seccional da União em Marília             | SP | 3ª | 4          | 2          |          |           |
| Procuradoria-Seccional da União em Presidente Prudente | SP | 3ª | -          | -          |          |           |
| Procuradoria da União em Mato Grosso do Sul            | MS | 3ª | 6          | 2          |          |           |
| Procuradoria-Regional da União - 3ª Região             | SP | 3ª | 51         | -          |          |           |
| <b>TOTAL - 3ª Região</b>                               |    |    | <b>65</b>  | <b>4</b>   | <b>0</b> | <b>0</b>  |
| Procuradoria-Seccional da União em Chapecó             | SC | 4ª | -          | -          |          |           |
| Procuradoria-Seccional da União em Joinville           | SC | 4ª | -          | -          |          |           |
| Procuradoria da União em Santa Catarina                | SC | 4ª | 6          | 2          |          |           |
| Procuradoria da União no Paraná                        | PR | 4ª | 15         | 30         |          | 27        |
| Procuradoria-Regional da União - 4ª Região             | RS | 4ª | 7          | 3          |          |           |
| <b>TOTAL - 4ª Região</b>                               |    |    | <b>28</b>  | <b>35</b>  | <b>0</b> | <b>27</b> |
| Procuradoria da União na Paraíba                       | PB | 5ª | 6          | 8          |          | 1         |
| Procuradoria-Regional da União - 5ª Região             | PE | 5ª | 27         | 9          |          |           |
| Procuradoria da União no Rio Grande do Norte           | RN | 5ª | 8          | 7          | 3        |           |
| Procuradoria da União em Alagoas                       | AL | 5ª | 3          | 11         |          |           |
| Procuradoria da União no Ceará                         | CE | 5ª | 6          | -          |          |           |
| Procuradoria da União em Sergipe                       | SE | 5ª | 6          | 2          |          |           |
| <b>TOTAL - 5ª Região</b>                               |    |    | <b>56</b>  | <b>37</b>  | <b>3</b> | <b>1</b>  |
| <b>TOTAL</b>   |    |    | <b>291</b> | <b>155</b> | <b>3</b> | <b>36</b> |

Desde 2008, centenas de ações foram propostas pela AGU com o fito de recuperar verbas públicas da União repassadas a outros entes federativos e aí malversadas. E o ponto culminante dessa atuação se deu no dia 9 de dezembro daquele ano, significativamente a data

comemorativa anual<sup>22</sup> do Dia Internacional de Combate à Corrupção: a Advocacia-Geral da União protocolizou 362 ações, cujo objeto comum era a de-

22 Desde 2003, em Mérida, no México, por sugestão da Transparência Internacional, encampada e apresentada como proposta à Organização das Nações Unidas pela delegação do Brasil.

fesa do patrimônio público e da probidade na Administração.

Portanto, a propalada inocuidade das decisões do Tribunal de Contas da União, que tanto determinam a devolução dos recursos públicos federais empregados como impõem multas aos responsáveis por irregularidades na aplicação daqueles recursos, não decorre, absolutamente, da demora da Advocacia-Geral da União em propor as ações competentes, tampouco da falta do atributo da auto-executoriedade.

Na atual sistemática de execução do orçamento e, especificamente, de transferência de recursos da União, a tomada de contas especial não constitui instrumento hábil para assegurar a recuperação das verbas orçamentárias malversadas, seja porque assim sua instauração como as sanções previstas em sua legislação de regência não ostentam carga dissuasória suficiente, seja porque as condenações decorrentes de seu processamento não ocorrem no tempo devido nem com a contundência adequada à gravidade da questão nela ordinariamente tratada – violação do dever de probidade na aplicação dos dinheiros públicos.

Se não é possível esperar zelo, eficiência, espírito público, probidade mesmo, do responsável direto pelo emprego das verbas orçamentárias, basta que cada agente público incumbido do controle e da fiscalização da execução de programas e convênios cumpra seu dever, com observância dos princípios regentes da Administração Pública.

Conquanto a morosidade da Justiça possa ser invocada como óbice à recuperação dos créditos, a União dispõe de instrumentos outros, potencialmente mais céleres e eficazes que a execução de acórdão prolatado em tomada de contas especial, para levar a efeito a responsabilização dos administradores por desvios ou irregularidades na gestão de recursos públicos, tais como medidas cautelares, ação de ressarcimento, ação civil pública de improbidade administrativa, ação penal, execução fiscal decorrente da inscrição como Dívida Ativa do débito apurado pela Administração. Atuar dessa forma não significa subtrair as funções – diga-se, de extrema relevância – confiadas pela Constituição da República ao Tribunal de Contas da União.

## Referências Bibliográficas

AGUIAR, Ubiratan; MARTINS, Ana Cláudia Messias de Lima; MARTINS, Paulo Roberto Wiechers; DA SILVA, Pedro Tadeu Oliveira. CONVÊNIOS E TOMADAS DE CONTAS ESPECIAIS. 2.<sup>a</sup> ed. revista e ampliada, Belo Horizonte, Fórum, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL: jurisdição e competência. 2.<sup>a</sup> edição, Belo Horizonte, Fórum, 2005.

ZYMLER, Benjamin. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONTROLE. Belo Horizonte, Fórum, 2005.

MOTA, Severino. GOVERNO RECUPERA MENOS DE 1% DE RECURSOS PÚBLICOS DESVIADOS. Último Segundo/Santafé Idéias, 30-8-2008, disponível em [http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2008/08/30/governo\\_recupera\\_menos\\_de\\_1\\_de\\_recursos\\_publicos\\_desviados\\_1607738.html](http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2008/08/30/governo_recupera_menos_de_1_de_recursos_publicos_desviados_1607738.html)

VAZ, Lúcio. CAPACIDADE DE ATUAÇÃO LIMITADA. Brasília, Correio Braziliense, 10-12-2007.

TCU QUER TER PODER DE EXECUTAR AS PRÓPRIAS DECISÕES. Brasília, Correio Braziliense, 10-3-2009.

# A Sindicância Patrimonial como instrumento de apuração no Direito Administrativo Disciplinar brasileiro

**Roberto Vieira Medeiros**, Especialista em Direito Administrativo Disciplinar, Analista de Finanças e Controle da CGU, Corregedor-Geral Adjunto da Área Econômica.

## Introdução

Com a edição do Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005, foi instituída, no ordenamento jurídico brasileiro, uma inédita ferramenta de apuração de irregularidades na Administração Pública Federal. Trata-se da sindicância patrimonial, instrumento de que se vale a Administração Pública para verificar a compatibilidade entre os rendimentos auferidos pelo servidor público e os bens que constituem seu patrimônio.

Historicamente, a apuração de ilícitos administrativos praticados por servidores públicos estreou no Direito Constitucional brasileiro na Constituição Republicana de 1934. Desde então, a figura jurídico-administrativa da '*apuração de ilícitos administrativos praticados por servidores públicos*' foi replicada nas constituições posteriores e, de igual sorte, na atual Carta Política<sup>1</sup>.

A abordagem mais incisiva sobre essa temática do direito administrativo disciplinar, feita pela Constituição Federal de 1988, propiciou o desenvolvimento e o estudo do assunto de forma mais acurada. Como consequência desse aprofundamento, fomentou-se o estudo do tema, a fim de se obterem conclusões igualmente percucientes.

A doutrina, com pequenas exceções, não se animou a aprofundar questionamentos cotidianos dos operadores do direito administrativo disciplinar. A jurisprudência, por sua vez, reluta em reconstruir seus conceitos sedimentados ao longo dos anos, muitos dos quais contrários à dinâmica dos acontecimentos sociais, incluindo aqueles vivenciados dentro da Administração Pública brasileira.

Por oportuno, merece registro o fato de que não há, até esta data, ne-

nhuma obra bibliográfica que aborde esse tema com a percuciência desejada. Quando muito, observa-se a existência de alguns poucos artigos abordando, com a natural cautela, essa inédita ferramenta de suporte na apuração de irregularidades atribuídas a servidores públicos.

Em se tratando do procedimento da Sindicância Patrimonial, cerne deste trabalho, é importante destacar que será realizado um acurado exame desse instituto, porém sem o desiderato de se apresentar ao final uma solução completa. Até mesmo porque, conforme demonstrado acima, essa é uma ferramenta de recente criação no direito administrativo brasileiro, cuja eficácia de seus resultados será mais bem percebida ao longo de sua existência. Daí se enxergar com naturalidade a cautela de alguns doutrinadores em abordar essa temática.

A utilização desse instrumento pressupõe o compartilhamento do sigilo fiscal<sup>2</sup>, em face do exame de dados e informações de natureza fiscal. Tais dados são obtidos mediante solicitação feita diretamente à Receita Federal do Brasil, ou ainda por meio de prévia autorização do próprio servidor público<sup>3</sup>.

Na ausência de literatura sobre o assunto, o presente trabalho irá se fundamentar no estudo de casos enfrentados pela Controladoria-Geral da União desde o ano de 2003. Casos estes que ensejaram a edição do Decreto nº 5.483, em 30 de junho de 2005, cujo conteúdo teve participação efetiva desse órgão.

## 1. Da função disciplinar – conceito, distinção das outras funções correlatas

O exercício da função disciplinar desponta como poder-dever conferido à autoridade administrativa. Destina-se à apuração de faltas relativas ao exercício da função pública do servidor e, em sua consequência, decorre a legitimidade para aplicação de penalidades.

Pressupõe necessariamente a existência de uma função hierárquica, sendo esta mais ampla que a própria função disciplinar, porém sem se confundirem.

Aliás, cumpre destacar que, apesar de estar intimamente ligada, a função disciplinar não se resume à função hierárquica, tampouco está nela contida. Esta constitui um *“instrumento para que as atividades de um órgão ou ente sejam realizadas de modo coordenado, harmônico, eficiente, com observância da legalidade e do interesse público”*<sup>4</sup>.

Ratifica essa máxima a regra que determina que a comissão processante seja composta por servidores estáveis, isto é, o servidor infrator somente poderá ser investigado por seus pares, igualmente servidores. Ademais, o presidente da comissão processante deverá possuir cargo efetivo de nível superior ou de mesmo nível, ou, ainda, ter nível de escolaridade igual ou superior ao servidor objeto da apuração<sup>5</sup>.

Nesse mesmo sentido, a função disciplinar também se distingue do poder (função) penal do Estado. De fato, este tem seu exercício efetuado pelo Poder Judiciário, conforme rito assinalado

pelo Processo Penal. Seu objetivo é a repreensão a determinadas condutas valoradas negativamente pelo Código Penal e pela legislação penal extravagante.

Importante observar que as decisões proferidas pela esfera judicial, seja no processo penal, seja no processo cível, têm caráter definitivo, isto é, não são passíveis de posterior análise ou mesmo de validação por qualquer instância após o seu trânsito em julgado. A função disciplinar, ao contrário, não possui tal característica de efetiva definitividade. De fato, as decisões administrativas, incluindo-se aquelas relativas à seara disciplinar, são passíveis de serem submetidas ao crivo da análise feita pelo Poder Judiciário.

Seu desiderato é a apuração de irregularidades atribuídas a servidores públicos durante o desempenho de suas atribuições, do seu mister, as quais podem vir a configurar condutas tipificadas nos estatutos administrativos, como infrações ou ilícitos. E, em decorrência desse enquadramento, isto é, da subsunção do fato concreto na hipótese legalmente prevista, advém a aplicação das penalidades cabíveis devidamente previstas no estatuto legal.

A distinção observada nas atuações dessas duas funções do Estado – disciplinar, pela via administrativa, e aquela penal, pela via judiciária – enseja, inclusive, a possibilidade de aplicação simultânea de penalidades de naturezas diversas: uma sanção administrativa e outra de caráter penal, para uma mesma conduta do servidor – sem com isso configurar a odiosa hipótese do “*bis in*

*idem*”, a vedada dupla penalidade administrativa.

Na oportunidade, cumpre ressaltar que as condutas passíveis de serem punidas devem estar previstas em instrumento normativo legítimo, o qual, em se tratando de Administração Pública, é a lei – ponto em comum com a função penal, cujas condutas tipificadas e respectivas penalidades também devem estar previstas em lei. Contudo, em sua interpretação para fins de enquadramento do fato à previsão legal, deve ser evitado o rigor da tipicidade própria do Código Penal.

## 2. Da sindicância patrimonial

### 2.1. Enriquecimento ilícito e a necessidade de detectá-lo

É fato que todo ato de corrupção acarreta uma vantagem patrimonial indevida para quem o praticou ou para terceiros (ou mesmo para ambos). É muito pequena, quiçá nula, a possibilidade de existência de um ato corrupto praticado de forma graciosa, isto é, sem que o agente público (ou privado) responsável por sua prática não tenha auferido vantagem alguma.

Partindo desse pressuposto, surgiu a necessidade de monitorar a evolução patrimonial do servidor público, visto ser este o potencial agente suscetível da prática de corrupção.

Frise-se que o repúdio à figura do enriquecimento ilícito vem de longa data, como revela este brocardo, cuja origem remonta ao século I:

*“Jure naturae aequum este neminum cum alterius detrimento et injuria fieri locupletatiorem”* (Por direito da natureza, é justo que ninguém se enriqueça com prejuízo e incúria de outrem).

O não locupletamento ilícito reside em um dever moral que deve nortear as relações sociais, sendo consectário dos princípios da Justiça e do Direito. Daí por que a existência de uma ferramenta que verifique a conformidade com a regularidade da evolução patrimonial do servidor público é tão importante, inclusive como instrumento de aprimoramento da gestão pública.

Dada as balizas já comentadas no curso deste trabalho, pode-se tentar construir uma definição. Assim, concebe-se tal modalidade de sindicância como sendo um procedimento administrativo, investigativo, sigiloso, sem caráter punitivo, destinado a verificar a compatibilidade entre os rendimentos auferidos pelo servidor público e o total de bens que constituem o seu patrimônio.

Discriminando as informações contidas na sua definição acima, almejando uma melhor análise, temos:

i) *‘procedimento administrativo’*: procedimento que se desenvolve internamente, isto é, no âmbito da Administração Pública. Eventualmente, contudo, a comissão sindicante poderá solicitar em juízo (por meio da Advocacia-Geral da União) o afastamento do sigilo bancário, se a circunstância assim o requerer.

ii) *‘investigativo’*: é uma atividade de apuração, de cotejamento de dados, exame quanto à regularidade da origem do patrimônio do servidor, tomando-se

por parâmetro as informações declaradas por ocasião da apresentação de sua Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física.

iii) *‘sigiloso’*: dada a natureza sigilosa com a qual se revestem as informações fiscais, a sindicância patrimonial deve ser classificada como procedimento sigiloso.

iv) *‘sem caráter punitivo’*: sendo uma modalidade da sindicância investigativa, seu resultado não comporta a recomendação de aplicação de sanções. Logo, somente poderá ter dois desfechos: arquivamento ou recomendação para instauração de Processo Administrativo Disciplinar. Neste último caso, haverá um aprofundamento das investigações, dessa feita, com a participação do servidor investigado (princípio do contraditório).

Em regra, o procedimento de investigação preliminar antecede a instauração da sindicância patrimonial, a qual, como visto acima, também precede a instauração de processo administrativo disciplinar (PAD). Registre-se, porém, que poderão surgir situações em que possa ser dispensada a observância sistemática dessas etapas.

### **3. Da Controladoria-Geral da União e a sindicância patrimonial**

A Controladoria-Geral da União teve sua previsão legal veiculada pela Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. É um órgão único, sem similar em administrações públicas do estrangeiro. Reúne sob um só comando áreas finalísticas com atribuições completamente distintas, a saber, auditoria, correição, prevenção da

corrupção e ouvidoria. Fala-se respectivamente dos seguintes departamentos: Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), Corregedoria-Geral da União (CRG), Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI) e a Ouvidoria-Geral da União (OGU)<sup>6</sup>.

Entretanto, a feliz combinação dessas funções tão adversas e o seu bom funcionamento têm produzido notáveis resultados para a sociedade em geral, haja vista o aprimoramento das ações voltadas para o efetivo combate à corrupção, à impunidade, à má gestão e à malversação de recursos públicos, bem como a consequente melhoria na qualidade quanto à correta aplicação dos serviços públicos.

Registre-se que as competências da Corregedoria-Geral da União vieram positivadas pelo art. 15 de Decreto nº 5.683/06, incisos III e IV, dentre as quais se destacam duas especificamente voltadas ao procedimento de sindicância patrimonial.

Verifica-se que, no âmbito da estrutura da Controladoria-Geral da União, pertence à Corregedoria-Geral da União a competência para conduzir sindicâncias, inclusive as patrimoniais. Da mesma forma, pertence à Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas a competência para realizar investigações preliminares patrimoniais.

Mas existe diferença entre a investigação preliminar patrimonial e a sindicância patrimonial?

Sim, existem diferenças, sendo estas bem perceptíveis. Trata-se de institutos similares, porém distintos. A investigação preliminar patrimonial constitui

uma etapa inicial voltada para a coleta, a pesquisa e a mineração de dados e informações que possam subsidiar a instauração da sindicância patrimonial, fornecendo os elementos necessários para melhor amparar o seu resultado.

O procedimento de Sindicância Patrimonial tem início no momento em que se dá sua publicação no Diário Oficial da União. Destina-se à apuração acerca da compatibilidade da evolução patrimonial do agente público com a sua renda. Enquanto a primeira é atribuição da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), a segunda é competência da Corregedoria-Geral da União (CRG), sendo ambas áreas de atuação finalísticas da Controladoria-Geral da União (CGU).

Os membros que integram a respectiva comissão sindicante patrimonial não precisam ser estáveis, dado o caráter meramente instrutório com que se reveste a sindicância patrimonial. A investigação preliminar, por sua vez, não precisa sequer ser conduzida por uma comissão, podendo ser promovida por apenas um servidor.

#### **4. Enriquecimento ilícito como espécie de improbidade administrativa**

A expressão improbidade administrativa, sinônimo de corrupção e malversação administrativas, surgiu no texto constitucional por meio da Carta Política de 1988, inserida nos arts. 15, inciso V e 37, §4<sup>o</sup>.

Representa o exercício da nobre função pública com desconsideração aos



constitucionais princípios que bem regem a Administração Pública. Significa a subversão de finalidades administrativas pela desonestidade e pela deslealdade, assim como pela inidoneidade do agente público.

Os efeitos deletérios de sua prática são sentidos por todos os administrados, na medida em que ela impede o desenvolvimento humano e material do país, bloqueando a melhoria da gestão pública, vedando o aumento das condições mínimas de vida da população.

Contraria o dogma maior do serviço público que é a probidade administrativa do agente público, isto é, o servidor deve atuar com honestidade, deve pautar suas atribuições visando sempre aos sagrados interesses públicos, não podendo aproveitar das prerrogativas maiores de sua função para obter vantagens (de qualquer natureza) para si ou para terceiros.

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, surgiu no contexto legislativo pátrio normatizando a improbidade administrativa anteriormente veiculada pela Carta Política de 1988. Assim, disciplinou os atos de improbidade administrativa em três categorias. São elas: a) atos que importam em enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º); b) atos que causam efetiva lesão aos cofres públicos (art. 10); e c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Interessa aos fins do presente trabalho apenas o enriquecimento ilícito do agente público, como espécie de improbidade administrativa. É o que se vê do art. 9º da 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”.

Como visto, o enriquecimento ilícito configura ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 9º, inciso VII, da Lei nº 8.429/92. No âmbito da Administração Pública, na apuração feita pela via administrativa, a verificação da prática desse ato enseja a aplicação de pena de demissão (art. 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/90)<sup>5</sup>.

Destaque-se que a edição do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União (Lei nº 8.112/90) se deu no ano de 1990, trazendo consigo a previsão de pena de demissão para o ato de improbidade administrativa. E a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), trazendo previsão referente a condutas e situações que a configurassem, adveio apenas em 1992.

Mesmo após a edição da Lei de Improbidade Administrativa, a Administração Pública carecia de um instrumento que viabilizasse o exame quanto a eventuais incompatibilidades na evolução patrimonial do servidor público, para fins de verificação de hipótese de enriquecimento ilícito.

Em 1993, com o advento da Lei nº 8.730, tornou-se obrigatória a apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse, no final de cada exercício financeiro e no desligamento do cargo, por parte do Presidente da República, do Vice-Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos membros do Congresso Nacional, dos membros da Magistratura Federal, dos membros do Ministério Público da União e de todos quantos exerçam cargos eletivos e cargos, empregos ou funções de confiança, na administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes da União.

A edição da Lei nº 8.730/93 representou um avanço significativo, por exigir a comprovação de rendimentos e a relação de bens dos ocupantes dos principais cargos públicos do país, inclusive aqueles considerados do segundo escalão.

Infelizmente, na prática, tal recomendação somente serviu para abarrotar escaninhos dos setores de pessoal e demais áreas de recursos humanos, posto que nenhum exame, repita-se, nenhuma análise era realizada dessas declarações de bens e rendimentos.

Mais adiante, o advento da Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro – Lei nº 9.613, de 5 de março de 1998 – representou um importante marco legal, haja vista a tipificação como crimes das condutas que configurariam lavagem de dinheiro. Ademais, restou criado um órgão de inteligência financeira nacional, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), a exemplo do que já existia em outros países.

É o que está previsto no art. 14, da citada Lei nº 9.613/98:

“Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.”

A composição desse Conselho de Controle veio veiculada pelo art. 16, do mesmo instrumento normativo, tendo sido posteriormente alterada com vista a permitir que a Controladoria-Geral da União ali tivesse assento. É o que está contido no art. 16, abaixo transcrito:

“Art. 16. O COAF será composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal, de órgão de inteligência do Poder Executivo, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério das Relações Exteriores e da Controladoria-Geral da União, atendendo, nesses quatro últimos casos, à indicação dos respectivos Ministros de Estado. (Redação dada pela Lei n.º 10.683, de 28.5.20036)” (Grifamos).

E a inclusão da Controladoria-Geral da União não se deu de forma graciosa. Para tanto, foram consideradas as atribuições que compunham sua missão institucional<sup>6</sup>, oportunidade em que fi-

cou demonstrada a estreita pertinência de sua inclusão dentre os órgãos que integravam o referido conselho.

Outrossim, o grande corolário dessa evolução observada no ordenamento jurídico do País foi verificado quando da edição da Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001. Referida Lei Complementar perfazia pequenas, porém profundas, alterações no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25/10/1966).

Uma delas determinava que não constituiria violação à regra do sigilo fiscal o fornecimento de informações de natureza fiscal, desde que solicitadas pela autoridade administrativa, no interesse da Administração Pública, e desde que houvesse pertinência com a infração cometida pelo sujeito passivo da exação tributária.

Assim, encontra-se vazado o art. 198, com a redação dada pela Lei Complementar nº 104/01:

“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. (NR)

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (NR)

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (AC)

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. (AC)” (Grifamos).

É com base na fundamentação legal expressada por esse dispositivo acima transcrito que os órgãos podem solicitar à Receita Federal do Brasil informações relativas aos servidores que estão investigando pela via da sindicância patrimonial.

Algumas premissas, contudo, devem ficar comprovadas por ocasião de solicitação de informações revestidas pelo manto do sigilo fiscal. São as seguintes:

i) Solicitação pela autoridade administrativa: a tendência observada é a de concentrar tais pedidos de informações em autoridades mais graduadas.

ii) Comprovação da instauração regular de processo administrativo: ao perfazer tal solicitação, é necessário demonstrar a instauração regular de processo administrativo, o qual, nesse caso, se dá com sua publicação no Diário Oficial da União.

iii) Com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação requerida: deve ser feita menção ao fato de que o processo acima citado se destina a investigar eventual conduta atribuída ao servidor, cujas informações fiscais estão sendo solicitadas.

iv) Por prática de infração administrativa: em se tratando de sindicância patrimonial, procedimento preparatório do processo administrativo disciplinar, deve ser informado apenas o enquadramento legal da conduta a ser investigada. Nesse caso, é feita menção a ato de improbidade administrativa na modali-

dade de enriquecimento ilícito. Ressalte-se que, na maioria das situações, se desconhece a suposta irregularidade que ocasionou a variação patrimonial sem justa causa.

A rigor, a nova redação do art. 198, do Código Tributário Nacional, dada pela Lei Complementar nº 104/01, passou a permitir o compartilhamento do sigilo fiscal com a Administração Pública, nas hipóteses em que o processo administrativo esteja regularmente instaurado, 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.

## Conclusão

Tal como apontado no início do presente trabalho, a ferramenta de apuração administrativa consubstanciada na sindicância patrimonial é inédita na ordem jurídica vigente. De fato, não há registro de sua realização antes da edição do Decreto nº 5.483, de 30/06/2005, embora já se notasse a necessidade de se monitorar a evolução patrimonial de servidores públicos, como medida de duplo efeito (preventivo e repressivo) na luta contra a corrupção.

No mais das vezes, a Administração não conhece a irregularidade em si mesma, porém detecta a evolução patrimonial incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor no período, pelo

que realiza apuração sigilosa. Caso não ache uma justificativa para tal evolução patrimonial incompatível, será instaurado outro procedimento apuratório, oportunidade em que o servidor investigado será instado a vir se defender quanto à desproporcionalidade entre renda e patrimônio constatados contra sua pessoa na apuração anterior.

Existe ainda um longo caminho a ser percorrido. A Administração precisa vencer alguns obstáculos que impedem o aumento da amplitude para a realização dessa novel ferramenta. Um desses obstáculos reside na interpretação jurídica limitada quanto à utilização desse instrumento que impede a feitura do procedimento de forma sistemática sobre todos os servidores de um determinado órgão.

No combate à corrupção, os esforços precisam ser conjugados, reunidos e articulados com o fito de debelar os óbices eventuais que possam surgir. A tendência atual caminha para conferir transparência aos rendimentos dos servidores públicos, conforme já procedem alguns estados. Registre-se que alguns países não apenas divulgam os rendimentos de seus servidores, como também a relação de bens destes!

Em que pese o seu pouco tempo de existência, tem-se demonstrado um salutar instrumento de apuração de irregularidades, o qual, se bem empregado, pode vir a trazer resultados eficazes no combate à corrupção.

## Referências Bibliográficas

(1) Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Extraído do sítio eletrônico:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)

(2) Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Extraído do sítio eletrônico:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L5172.htm>

(3) Sobre o tema, vide Portaria Interministerial MP/CGU nº 298, de 6 de setembro de 2007, que regulamenta a entrega da declaração de bens e valores por todos os agentes públicos e dá outras providências. Extraído do sítio eletrônico:

<http://www.cgu.gov.br/Legislacao/Arquivos/Portarias/PortariaInterministerialCGUMPOG.pdf>

(4) MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

(5) Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Extraído do sítio eletrônico:

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8112cons.htm>

(6) Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios e dá outras providências. Extraído do sítio eletrônico:[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.683.htm)

# Enriquecimento ilícito como modalidade de crime

**Rodrigo Vieira Medeiros**, Especialista em Direito Administrativo Disciplinar, Mestrando em Direito Constitucional, Analista de Finanças e Controle da CGU.

## 1. Enriquecimento ilícito como modalidade de crime

### 1.1. Antecedentes legais

Em 1988, ano de promulgação da Constituição Federal brasileira, cuidou-se de incluir, em seu texto, no §4º, do art. 37,<sup>1</sup> que os atos de improbidade administrativa são refutados pela Administração Pública, importando em sanções. A Carta Magna explicita a intenção de punir aqueles que cometem atos de improbidade administrativa. A parte final do §4º do referido artigo reforça a independência das instâncias e a necessidade de apuração e deflagração de ações nas três esferas, quais sejam: cível, administrativa e penal.

Seguindo os passos constitucionais, foi editada a Lei nº 8.112, de 1990<sup>2</sup>, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores. Mencionado Estatuto previu, no art. 132, inciso IV, como hi-

pótese de demissão do servidor, a prática de ato de improbidade administrativa, o que ficou configurado como infração disciplinar de natureza grave, uma vez que atinge a pena máxima no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar, qual seja, a demissão (qualifica-se como Ilícito Administrativo).

Posteriormente, adveio a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Lei nº 8.429/92<sup>3</sup>, que classificou em três as modalidades de improbidades administrativas: atos que causam enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentado aos princípios da Administração Pública (classifica-se como Ilícito Cível). Esta estabeleceu, no art. 13 (regulamentado pelo Decreto nº 5.483/2005), que a posse e o exercício do agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio. Essas declarações devem ser apresentadas anualmente, durante a permanência do servidor no cargo, até o seu desligamento, conforme preleciona o §2º do mesmo artigo. Por intermédio da entre-

1 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

2 Regime Jurídico Único. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm) >. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

3 Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8429.htm> >. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

ga ou da autorização de acesso a essas declarações, pode-se observar a evolução patrimonial do servidor enquanto este permanecer no serviço público.

No âmbito internacional, vários organismos criaram normas que determinam a repressão ao enriquecimento ilícito dos servidores de seus países-membros. O Brasil ratificou, nesse sentido, as Convenções Internacionais da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU). A primeira, de 29 de março de 1996<sup>4</sup>, prevê, em seu Artigo IX:

“Artigo IX  
Enriquecimento Ilícito

Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas necessárias para tipificar como delito em sua legislação o aumento do patrimônio de um funcionário público que exceda de modo significativo sua renda legítima durante o exercício de suas funções e que não possa justificar razoavelmente.”

Corroborando esse entendimento, a Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003<sup>5</sup>, previu a adoção pelos países-membros de meios de adaptação de suas respec-

tivas legislações para apurar o enriquecimento ilícito de servidores públicos:

“Artigo 20  
Enriquecimento Ilícito

Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.”

Convém salientar que as Convenções e os Tratados Internacionais possuem a mesma validade das leis ordinárias, de modo que a adoção das providências ali referidas não se confunde com uma mera recomendação ou sugestão de organismos internacionais, mas como compromisso decorrente de norma em plena vigência no ordenamento jurídico pátrio<sup>6</sup>. Ambas as convenções anseiam pela criminalização do enriquecimento ilícito e sua respectiva inserção no ordenamento jurídico dos países-membros.

Apesar da evolução legislativa, no tocante aos atos de improbidade administrativa, faltavam instrumentos que viabilizassem a apuração, em específico o enriquecimento injustificado. Com a criação desses instrumentos, percebeu-se que eles atuavam também de forma

4 Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, com vigência dada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

5 Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, com vigência dada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

6 BRASIL, Distrito Federal. Controladoria-Geral da União (2006), Apostila de Sindicância Patrimonial.



preventiva. O portal da transparência<sup>7</sup>, por exemplo, proporciona a clareza na destinação dos gastos públicos, assim como o seu direcionamento no seio da Administração Pública.

A Portaria Interministerial CGU/MPOG nº 198 regulamentou a entrega das declarações de bens móveis e imóveis por parte dos servidores públicos federais, obrigatoriedade disposta no art. 13 da Lei nº 8.429/92. Assim, o acompanhamento da evolução patrimonial do servidor público federal ocorre antes, durante e depois, ou seja, no ato da posse e no exercício, anualmente, durante o tempo de serviço e, finalmente, ao deixar a Administração Pública Federal.

A criação desses instrumentos desencoraja e dificulta a realização de ilicitudes administrativas e torna clara a política da Administração de inviabilizar a improbidade. A Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998)<sup>8</sup> previu, no art. 15, que o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) *“comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”*.

Essa Unidade de Inteligência Financeira (UIF) foi criada no âmbito do Ministério da Fazenda, com a finalidade

de disciplinar, de aplicar penas administrativas, de examinar e de identificar ocorrências suspeitas de atividades ilícitas relacionadas à lavagem de dinheiro. O COAF possui um papel central no sistema brasileiro de combate à lavagem de dinheiro, tendo a incumbência legal de coordenar mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à lavagem de dinheiro<sup>9</sup>.

Em seguida, a Lei Complementar nº 104/2001 alterou o Código Tributário Nacional, precisamente no art. 198, § 1º, inciso II, que passou a permitir o compartilhamento do sigilo fiscal com a Administração Pública, nas hipóteses em que o processo administrativo seja regularmente instaurado, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere à informação por prática de infração administrativa.

O Decreto nº 5.483/2005, além de regulamentar o art. 13 da Lei de Improbidade Administrativa, no tocante às declarações dos bens e valores que integram o patrimônio privado do agente público, instituiu a sindicância patrimonial como procedimento investigatório e sigiloso, com o escopo de examinar a existência de patrimônio em desconformidade com a renda auferida pelo agente público<sup>10</sup>.

Em 2007, foi editada a Portaria Interministerial Ministério do Planejamento e Controladoria-Geral da

7 Portal da Transparência – Controladoria-Geral da União. Disponível em < <http://www.portalttransparencia.gov.br/> >. Acesso no dia 07 de maio de 2009.

8 Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9613.htm> >. Acesso no dia 30 de maio de 2009.

9 Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Disponível em < <https://www.coaf.fazenda.gov.br/> >. Acesso no dia 31 de maio de 2009.

10 Decreto nº 5.483/2005. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5483.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5483.htm) >. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

União (MP/CGU) nº 298, de 6 de setembro de 2007<sup>11</sup>, que prestou as instruções necessárias para a entrega das declarações de bens e valores por todos os agentes públicos, com o objetivo de tornar mais ágil a aquisição dos dados pela Administração.

Em suma, toda essa evolução legislativa brasileira demonstra a preocupação externada pelos países e organismos internacionais no combate a tais infrações. É a necessidade de “criminalizar” o ato de enriquecimento ilícito, visando a atender o anseio social-internacional, em face dos estragos causados pela corrupção.

## 1.2. Projetos de lei que fomentam o enriquecimento ilícito como crime

O Projeto de Lei nº 5.363, de 2007<sup>12</sup>, embarcou no objetivo de tipificar o enriquecimento ilícito praticado por agente público como crime. Essa inserção legislativa vem seguindo a corrente internacional segundo a qual a moderna legislação deve prever o crime de enriquecimento ilícito, consoante a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Mencionado projeto vem incluir o art. 312 - A (tipo penal do enriquecimento ilícito) e alterar o art. 327, no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal

Brasileiro. Senão, vejamos o esboço do referido projeto:

“Art. 312 – A. Possuir ou adquirir bens ou valores, o funcionário público, incompatível com a renda declarada anual, ou que não possam ser razoavelmente justificados por ele.

Pena: reclusão de 2 a 12 anos e multa.

Art. 327 – Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo.”

Denota-se que, com a alteração do art. 327 do Código Penal, haverá uma ampliação do conceito de funcionário público no ordenamento pátrio. Este seguirá tendência da Convenção Interamericana contra a Corrupção, que estabelece como funcionário público qualquer empregado selecionado, nomeado ou eleito para exercer atividade em nome do Estado em qualquer nível hierárquico. Fazendo analogia ao conceito de funcionário público dado pelo Código Penal Pátrio, teremos sua ampliação para os três poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário.

Por outro lado, o projeto de lei restringiu o sujeito ativo desse tipo penal. Somente agentes públicos podem incidir em tal premissa, devido à localização em que será inserido o tipo penal do enriquecimento ilícito, qual seja, Título XI – DOS CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; Capítulo I – DOS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL. Assim, podemos classificá-lo como crime próprio, ou seja, aquele que exige determi-

11 Portaria Interministerial Ministério do Planejamento e Controladoria-Geral da União (MP/CGU) nº 298/2007. Disponível em <[http://www.cgu.gov.br/Legislacao/Arquivos/Portarias/PortariaInterministerial\\_CGUMPOG.pdf](http://www.cgu.gov.br/Legislacao/Arquivos/Portarias/PortariaInterministerial_CGUMPOG.pdf)>. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

12 Projeto de Lei nº 5.363/2007. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/311439.pdf>>. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

***Possuir ou adquirir bens ou valores, o funcionário público, incompatíveis com a renda declarada anual, ou que não possam ser razoavelmente justificados por ele.***

nada qualidade pessoal do agente – no caso, ser agente público.

Tal restrição se faz necessária para que se torne real essa modalidade de crime, em virtude dos “empecilhos” jurídicos que o rondam, como inversão do ônus da prova, princípio da inocência, etc.<sup>13</sup>. Contudo, vários mecanismos legais foram criados, de forma a viabilizar prova do enriquecimento sem causa do servidor, conforme condiciona o art. 2º do Decreto nº 5.483/2005, que versa sobre a obrigatoriedade de declaração dos bens no ato da posse, por exemplo. Tal Decreto regulamentou o art. 13 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

O interesse do cidadão comum em ingressar no serviço público deve compreender a aceitação dos ditames e encargos legais que acometem essa categoria de trabalhadores. Tratando com analogia ao direito civil contratual, teremos uma espécie de contrato de adesão entre a pessoa física e o ente público contratante.

É realizado um certame público, como assim determina o art. 37 da

13 A palavra empecilhos foi colocada entre aspas em virtude da aceção desses pontos jurídicos, que possuem o seu valor – do contrário, não estaríamos vivendo em um Estado Democrático de Direito.

Constituição Federal, cujas regras estão dispostas no edital. O candidato deve preencher vários requisitos, como nacionalidade, cidadania, bem como outros até mais específicos, como escolaridade, idade mínima, atendendo sempre às peculiaridades do cargo para o qual concorre.

A Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico único dos servidores, impõe várias regras a serem seguidas pela categoria quando adentram no serviço público. Essas regras englobam prazos e condições para o ingresso, deveres, proibições, períodos de licença, procedimentos disciplinares, em suma, tudo voltado àqueles que atuam como agente público, incorporando e externalizando, no tocante aos seus atos, a Administração Pública.

Dentre todas as obrigações e proibições impostas aos servidores, vamos nos concentrar no enriquecimento sem causa, temática abordada no presente trabalho. Ademais, o Estado torna explícita a intenção de combater e de prevenir, por meio desses dispositivos legais, o acúmulo patrimonial indevido por parte do servidor público.

Como medida de reforço e modernização da entrega de declaração de bens por parte dos servidores, foi lançada a Portaria Interministerial Ministério do Planejamento e Controladoria-Geral da União (MP/CGU) nº 298, que regulamenta a forma de entrega da declaração dos bens.

A apresentação anual da declaração de bens dos agentes públicos é realizada em três fases: a) no ato da posse, isto é, no ingresso ao serviço público, sob pena

de não adentrar na Administração; b) durante o exercício das atividades laborais; e c) quando este deixar o serviço público. O desejo expresso da Administração é expurgar e evitar, de todas as formas, a consumação desse ilícito. Todos esses dispositivos legais propiciam a apuração dessa infração no âmbito cível e, com sua futura adesão ao ordenamento jurídico penal pátrio, propiciarão no âmbito penal.

Outro Projeto de Lei, de nº 1.741 de 2007<sup>14</sup>, em pauta, vem complementar e facilitar a apuração e efetiva prova de consumação do tipo penal pela Administração. Referido projeto versa sobre os procedimentos a serem observados pelas pessoas jurídicas reguladas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), relativamente às operações realizadas por pessoas politicamente expostas.

A Lei nº 9.613/98 – Lei de Lavagem de Dinheiro – conferiu competência normativa ao COAF. Desse modo, este emitiu a Resolução nº 16, de 28 de março de 2007<sup>15</sup>, que assentou os procedimentos a serem adotados pelas entidades financeiras sujeitas à regulação, quanto às operações financeiras realizadas pelas pessoas consideradas politicamente expostas – Ppes.

A proposta define as Ppes como agentes públicos que desempenham ou tenham desempenhado cargos, empre-

***Procedimento investigativo de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, à vista da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades***

gos ou funções públicas relevantes nos últimos cinco anos, seja no Brasil, seja no exterior. Os representantes desses agentes, seus familiares e colaboradores próximos também estarão sujeitos a esse controle. A proposta legislativa chega a elencar, embora de maneira falha, quem são os familiares que estão submetidos ao controle; porém, quanto aos colaboradores próximos, ficou um vazio para futura identificação.

Assim, referido projeto de lei, ainda que incompleto, vem com o escopo de complementar a Resolução COAF nº 16/2007, como também de dar maior segurança jurídica à sua atuação e às pessoas jurídicas (instituições financeiras, entre outras) submetidas à regulação desse Conselho. O complemento deveu-se à ampliação do rol de pessoas politicamente expostas, aí incluídos os Vice-Governadores, os Deputados Estaduais, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça, os Conselheiros de Tribunais e Conselhos de Contas, os

14 Projeto de Lei nº 1.741/2007. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

15 COAF Resolução nº 16, de 28 de março de 2007. Disponível em <<https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/legislacao-e-normas/normas-coaf/resolucoes/coaf-resolucao-no-015-de-30-de-marco-de-2007/>>. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

Prefeitos, os Vice-Prefeitos e os Vereadores dos Municípios.

Em razão do elevado número de pessoas que passariam a ser consideradas politicamente expostas, propôs-se que o controle das operações financeiras realizado pelos agentes públicos municipais, por exemplo, ocorresse de forma escalonada, de acordo com faixas decrescentes de população dos respectivos municípios.

A aprovação do Projeto de Lei nº 1.741/2007 redundará na facilitação dos trabalhos para identificação do patrimônio a descoberto, em virtude da obrigatoriedade de as instituições financeiras prestarem informações sobre as movimentações financeiras das pessoas politicamente expostas – Ppes. E estas últimas adentrariam no rol de sujeitos ativos para a penalização pelo crime de enriquecimento ilícito, por estarem em contato com dinheiro público.

No âmbito do Direito Administrativo Disciplinar, existem vários procedimentos administrativos que servem de instrumento de atuação da Controladoria-Geral da União, dentre eles a sindicância patrimonial, disposta pela Portaria nº 335, de 30 de maio de 2006, do Ministro de Estado do Controle e da Transparência<sup>16</sup>. Ela se destina a apurar indícios de enriquecimento ilícito do servidor público, substanciados na desproporcional evolução patrimonial da renda do agente. Os meios de investigação que viabilizam a identificação da evolução patrimonial descoberta dos servidores federais podem ser adotados

para os casos tipificados no enriquecimento ilícito enquanto modalidade de crime.

Segundo a Portaria nº 335/2006, art. 4º, inciso V, a sindicância patrimonial é assim definida como “procedimento investigativo de caráter sigiloso e não-punitivo, destinado a apurar indícios de enriquecimento ilícito por parte de agente público federal, à vista da verificação de incompatibilidade patrimonial com seus recursos e disponibilidades”. Por meio desse conceito, fica claro o caráter apenas investigativo (não punitivo) desse procedimento. Em caso de efetivo descobrimento da evolução patrimonial desproporcional à renda auferida, o relatório final da comissão sindicante irá opinar pela abertura de Processo Administrativo Disciplinar, com o escopo de apurar e, se for o caso, punir o servidor infrator. Este último procedimento se encontra pautado pelo princípio do contraditório e da ampla defesa.

De toda sorte, a própria Constituição Federal de 1988 parece anteceder e prever a inovação penal no sistema jurídico. As considerações apresentadas na Lei das Leis abrem caminho para a adequação jurídica frente aos costumes e às mudanças que rondam a sociedade como um todo. A incessante busca do bem comum traz transformações a todas as esferas de atuação do Estado, desde a estrutura administrativa e pessoal até os ditames legais. A norma nunca pode ser apreciada sem o contexto temporal e social que a cerca. Não basta a mera posituação da conduta. Esta deve se enquadrar no ordenamento atendendo e se adequando às peculiaridades que a regem.

16 Portaria nº. 335/2006 – Controladoria-Geral da União/CGU. Disponível em <[http://www.cgu.gov.br/Legislacao/Arquivos/Portarias/portaria\\_335\\_06.pdf](http://www.cgu.gov.br/Legislacao/Arquivos/Portarias/portaria_335_06.pdf)>. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

A sistemática administrativa e legislativa disposta acima vem amadurecendo a viabilidade de criação do tipo penal focado no enriquecimento ilícito. Contudo, alguns entraves per-

manecem e devem ser mais bem aprofundados pelos legisladores em suas justificativas, sob pena de tornar esse novo tipo penal sem efeitos ou até inconstitucional.

## Referências Bibliográficas

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

Regime Jurídico Único. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm) >. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8429.htm> >. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, com vigência dada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, com vigência dada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

BRASIL, Distrito Federal. Controladoria-Geral da União (2006), Apostila de Sindicância Patrimonial.

Portal da Transparência – Controladoria-Geral da União. Disponível em < <http://www.portaltransparencia.gov.br/> >. Acesso no dia 07 de maio de 2009.

Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9613.htm> >. Acesso no dia 30 de maio de 2009.

Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Disponível em < <https://www.coaf.fazenda.gov.br/> >. Acesso no dia 31 de maio de 2009.

Decreto nº 5.483/2005. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/\\_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5483.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5483.htm) >. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

Portaria Interministerial Ministério do Planejamento e Controladoria-Geral da União (MP/CGU) nº 298/2007. Disponível em < <http://www.cgu.gov.br/Legislacao/Arquivos/Portarias/PortariaInterministerialCGUMPOG.pdf> >. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

Projeto de Lei nº 5.363/2007. Disponível em < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/311439.pdf> >. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

A palavra empecilhos foi colocada entre aspas em virtude da acepção desses pontos jurídicos, que possuem o seu valor; do contrário, não estaríamos vivendo em um Estado Democrático de Direito.

Projeto de Lei nº 1.741/2007. Disponível em < <http://www2.camara.gov.br/proposicoes> >. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

COAF Resolução nº 16, de 28 de março de 2007. Disponível em < <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/legislacao-normas/normas-coaf/resolucoes/coaf-resolucao-no-015-de-30-de-marco-de-2007/> >. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

Portaria nº 335/2006 – Controladoria-Geral da União (CGU). Disponível em < [http://www.cgu.gov.br/Legislacao/Arquivos/Portarias/portaria\\_335\\_06.pdf](http://www.cgu.gov.br/Legislacao/Arquivos/Portarias/portaria_335_06.pdf) >. Acesso no dia 02 de junho de 2009.

# A aplicação da teoria do domínio do fato nos procedimentos administrativos disciplinares

**Sabrina Pitacci Simões**, Bacharel em Direito, Analista de Finanças e Controle da CGU, lotada na Corregedoria Adjunta da Área Social da Controladoria-Geral da União.

## Introdução

O presente artigo visa discutir a pertinência da aplicação da teoria do domínio do fato para determinar a autoria em infrações disciplinares. A teoria do domínio do fato está relacionada ao concurso de pessoas, que vem disciplinado nos artigos 29 a 31 do Código Penal.

A teoria em referência define como autor da ação típica aquele que tem o controle final do fato e de suas circunstâncias. É uma teoria que se baseia em princípios relacionados à conduta, e não ao resultado, diferenciando as figuras do autor e do executor, além de admitir a figura do autor mediato e proporcionar melhor compreensão da coautoria. O autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato delituoso, ou seja, não é apenas quem executa a ação típica, mas também aquele que se utiliza

de outrem, como mero instrumento, para a execução do crime.

A teoria do domínio do fato foi construída por Welzel, em 1939, juntamente com o finalismo. Por meio dessa teoria, Welzel sustentou que, no concurso de pessoas, o autor seria aquele que tem o controle final do fato. É importante salientar que a teoria em referência foi aprimorada por Roxin, que definiu como autor aquele que tem o domínio da própria ação típica, aquele que domina a vontade de outra pessoa e aquele que tem o domínio funcional do fato.

Ao analisar a teoria em comento e o modelo atual para determinação da autoria de infrações, tanto penais quanto disciplinares, constata-se que a teoria restritiva não atende, de forma eficaz, os casos em que se discute a autoria mediata. Para a teoria restritiva, o mandante é partícipe, e não autor da ação típica, e pode ter até uma pena maior,



por incidir uma agravante. Já para a teoria do domínio do fato, o mandante é o autor, haja vista que ele possui o domínio da situação. Assim, almeja-se, com o presente estudo, partindo da ideia de que a teoria do domínio do fato é plenamente compatível com o Código Penal brasileiro – que distingue claramente a autoria da participação –, construir um cenário que demonstre igualmente a pertinência da aplicação da teoria do domínio do fato aos procedimentos disciplinares, a fim de definir, com a maior justeza possível, os verdadeiros autores das infrações disciplinares que se pretende punir.

## 1. A teoria do crime

Inicialmente, é importante discorrer sobre as teorias do crime, a fim de criar a fundamentação teórica suficiente para a construção da hipótese trazida pelo presente trabalho.

A teoria do crime, também denominada de teoria geral do crime, teoria do delito, teoria do injusto penal ou teoria do fato punível, visa ao estudo dos requisitos necessários para a configuração do crime. Neste sentido são os ensinamentos do Professor Luiz Flávio Gomes, *in verbis*:

“Esses requisitos constituem, ao mesmo tempo, pressupostos para a aplicação de uma pena ou medida de segurança a quem realizou um crime que, entendido como fato punível, nada mais é que um fato contrário ao Direito (antijuricidade), descrito (previamente) numa lei penal (tipicidade) e ameaçado abstratamente com pena (punibilidade abstrata). Em outras palavras: fato adequado a

uma lei penal (tipicidade material), ameaçado com pena (punibilidade abstrata) e contrário ao Direito (antijuricidade).”<sup>1</sup>

As teorias do crime cumprem importantes funções, dentre as quais se destacam: a função instrumental, sendo a teoria do crime o instrumento de que se vale o operador do direito para interpretar e sistematizar os delitos específicos, constantes da Parte Especial do Código Penal; a função prática e garantista, que almeja resolver os problemas decorrentes da aplicação do Direito Penal, bem como dotá-lo de segurança; e a função crítica, em que são reinterpretados, teleologicamente, os requisitos do crime, a fim de que sejam alterados, para obter certas exigências éticas de liberdade e dignidade da pessoa humana.

### 1.1. Teoria Causalista ou Clássica

No final do século XIX, o delito passou a ser considerado um fato natural, ou seja, fundado na causalidade e no resultado. A ação era concebida como movimento corporal voluntário que acarreta alteração no mundo exterior. O crime, desse modo, é uma ação causal com um resultado externo.

A teoria causalista, cujos fundamentos teóricos remontam aos ensinamentos de Liszt-Beling, defende que o crime é um fato típico, antijurídico e culpável, sendo que o fato típico seria uma ação ou omissão ocorrida no mundo natural, despojada de qualquer carga valorativa. A ilicitude seria atribuída ao fato típico, não possibilitado uma causa que o justificasse, tal como a legítima defesa e o estado de neces-

<sup>1</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 13.

sidade. Já a culpabilidade teria como espécies o dolo e a culpa e a imputabilidade, qual seja, a probabilidade de responsabilizar o autor pela conduta típica, como pressuposto.

Segundo essa concepção naturalista, o crime era subdividido em duas partes: objetiva e subjetiva, sendo a primeira referente à valoração do ato (ato humano e antijurídico) e a segunda referente à valoração da conduta do agente (dolo ou culpa). Em 1906, após o advento da doutrina de Beling, a parte objetiva passou a ser composta de tipicidade e antijuricidade e a parte subjetiva, da culpabilidade, a qual, por sua vez, era composta por dois requisitos: imputabilidade e dolo ou culpa.

Para a teoria causalista, o conceito de ação refere-se ao “movimento corpóreo capaz de produzir alguma alteração no mundo exterior. Dela não faz parte nem o dolo nem a culpa”<sup>2</sup>. A conduta é um ato voluntário, ou seja, vontade de fazer ou não fazer. Para a ação, o fator vontade é fundamental; já na culpabilidade, residia o conteúdo da vontade qual seja, o dolo ou a culpa. A tipicidade foi criada como descrição neutra do crime, não possuindo qualquer juízo de valor. Já a antijuricidade foi elaborada como mera violação da norma (formal). Quanto à culpabilidade, adotava-se a teoria psicológica, sendo a culpabilidade o vínculo psicológico entre o agente e seu fato. Seus requisitos – imputabilidade, dolo e culpa – são puramente psicológicos. Com o neokantismo de Frank, em 1907, foi agregada a exigibilidade de conduta diversa, referente à teoria psicológico-normativa da cul-

pabilidade. Ressalte-se que o conceito de dolo, nesse período, era o de *dolus malus*, abarcando a consciência do fato e a consciência da ilicitude. É importante destacar ainda que, na teoria clássica, predominou a tripartição do delito, sendo o crime considerado um fato típico, antijurídico e culpável.

Segundo a teoria causalista, fato típico é a mera subsunção do fato à lei. O fato típico possui como requisitos a conduta voluntária (neutra), ou seja, sem dolo ou culpa; resultado naturalístico, isso considerado nos crimes materiais; nexo de causalidade; e tipicidade formal. Para essa teoria, dolo é a consciência e a vontade livre dirigidas a um resultado naturalístico e antijurídico, sendo seus requisitos a consciência da ação e do resultado, a consciência do nexo de causalidade, a consciência da ilicitude e a vontade de realizar a ação e produzir o resultado antijurídico.

O dolo, nessa teoria, é normativo (*dolus malus*), porque exige a consciência da ilicitude do fato. Já o conceito de culpa, para essa teoria, é a realização voluntária de uma conduta sem a devida atenção ou cuidado da qual deriva um resultado naturalístico, não desejado nem previsto, embora fosse previsível. Tanto o dolo quanto a culpa pertencem à culpabilidade. A inexistência do dolo ou da culpa conduz à falta de culpabilidade. A consciência da ilicitude, que é real e efetiva, faz parte do dolo (*dolus malus*). Como o dolo faz parte da culpabilidade, a consciência da ilicitude também pertence à culpabilidade. É preciso que o agente saiba da ilicitude do fato.

2 GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p. 53.

## 1.2. Teoria Finalista

Segundo a teoria finalista, o crime também seria um fato típico, antijurídico e culpável; entretanto cada um desses requisitos é objeto de reestruturação, visto que o importante não seria o desvalor do resultado, consoante afirma a teoria clássica, mas sim o desvalor da ação. O criador da teoria finalista do crime foi Hans Welzel, tendo seu apogeu ocorrido entre os anos de 1945 e 1960.

Uma das diferenças fundamentais entre a teoria finalista e a teoria causalista diz respeito à posição do dolo e da culpa. Para a teoria finalista, estes passam a compor a conduta e, consequentemente, o fato típico, não mais pertencendo à culpabilidade. Na mesma esteira, o conceito de dolo também sofre modificações. Para a teoria clássica, o dolo era visto como consciência e vontade de realizar a conduta, assim como consciência da ilicitude dessa conduta (*dolus malus*, dolo normativo ou jurídico). Verifica-se, desse modo, que o dolo era composto de duplo conteúdo. Com a teoria finalista, os dois núcleos do dolo foram divididos. O primeiro núcleo, qual seja consciência e vontade de realizar a conduta, passou a compor a tipicidade, enquanto o segundo, consciência da ilicitude, permaneceu na culpabilidade, mas não mais como requisito subjetivo, e sim como requisito normativo. A consciência da ilicitude potencial é suficiente para o juízo de culpabilidade.

Neste sentido são os ensinamentos do mestre Luiz Flávio Gomes:

“Se dolo é só a consciência e a vontade de querer realizar a conduta des-

crita no tipo (dolo natural), dele não faz parte a consciência da ilicitude da conduta, que é uma questão valorativa integrante da culpabilidade. O finalismo, como se vê, acolhe o conceito de dolo natural (consciência e vontade de realizar a conduta descrita no tipo) e, desse modo, abandona o conceito de dolo jurídico (ou *dolus malus* = consciência e vontade de realizar a conduta mais consciência da ilicitude dessa conduta).”<sup>3</sup>

Ainda segundo o referido autor, a antijuricidade “é a contrariedade do fato relacionado com um determinado autor, cuja vontade contraria a norma imperativa a ele dirigida (concepção do crime como injusto pessoal)”<sup>4</sup>. A culpabilidade, por sua vez, “é puro juízo de valor (juízo de reprovação pessoal)”<sup>5</sup>, dela sendo excluídos todos os aspectos subjetivos. Essa é a concepção normativa pura da culpabilidade, a qual possui como requisitos a imputabilidade, a exigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da ilicitude. Por meio da teoria normativa pura da culpabilidade, Welzel retirou o dolo e a culpa da culpabilidade, colocando-os na tipicidade e substituindo-os pela potencial consciência da ilicitude. A consciência da ilicitude faz, exclusivamente, parte da culpabilidade, e não do dolo, o qual foi desmembrado, sendo redistribuído parte para a tipicidade, e outra parte permanecendo na culpabilidade. Ressalte-se que a imputabilidade, que antes era considerada um requisito subjetivo, passa a ser considerada como um requisito normativo, ou seja, a capacidade de entendimento do agente deve ser valorada pelo magistrado de forma concreta.

3 GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p. 26.

4 GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p. 27.

5 Idem.

Para a teoria finalista, ação é o comportamento humano consciente, doloso ou culposos, dirigido a uma finalidade. Ainda segundo essa teoria, fato típico é o fato que preenche todos os requisitos objetivos descritos na lei penal. Como requisitos, o fato típico possui a conduta dolosa ou culposa, o resultado naturalístico nos crimes materiais, nexos de causalidade e tipicidade formal.

O dolo, nessa teoria, é conceituado como a consciência e a vontade de concretizar os requisitos objetivos do tipo, ou seja, dolo direto ou eventual. Como requisitos, o dolo possui a consciência da conduta e do resultado; consciência do nexos causal; vontade de realizar a conduta e produzir o resultado naturalístico, nos crimes materiais. O finalismo dividiu o dolo em duas partes: a consciência da ação foi para a tipicidade, enquanto a consciência da ilicitude se manteve na culpabilidade, mas como consciência potencial, não real. Isso é o que se denomina de dolo natural, porque não exige a consciência da ilicitude do fato. Já o conceito de culpa, para a teoria finalista, é a “inobservância do cuidado objetivo necessário que se exterioriza numa conduta que produz um resultado naturalístico previsível (objetiva e subjetivamente)”.<sup>6</sup> Para os finalistas, o dolo e a culpa pertencem à conduta e, conseqüentemente, ao fato típico, sendo um requisito subjetivo ou normativo do tipo. A inexistência do dolo ou da culpa conduz à atipicidade da conduta, sendo o fato considerado atípico.

Para os adeptos da teoria finalista majoritária, das quais se destaca Welzel, crime é o fato típico, antijurídico e cul-

pável. Já para a corrente finalista minoritária, o crime deve possuir dois requisitos: ser um fato típico e antijurídico. A corrente minoritária elimina a culpabilidade do conceito de crime e adota o sistema bipartido.

## 2. O autor de crimes no ordenamento jurídico pátrio

O conceito de autor no Direito Penal é vislumbrado a partir de três teorias, a saber, a teoria subjetiva causal ou extensiva, a teoria formal objetiva ou restritiva e a teoria objetiva-subjetiva ou do domínio do fato. Segundo a teoria extensiva, todos os agentes que provocam o evento são considerados autores, independentemente de terem ou não praticado a ação tipificada. De acordo com a teoria restritiva, os autores são aqueles que praticam os atos executórios previstos no tipo penal, enquanto os partícipes convergem para o resultado do delito sem cometer, no todo ou em parte, a ação descrita no tipo penal. Por outro lado, a teoria do domínio do fato sustenta que autor é o agente que detém o controle da ação, ainda que não pratique os atos de execução constantes do tipo penal.

Havia um grande debate entre os doutrinadores acerca de qual das teorias sobre o conceito de autor seria adotada pela legislação pátria. Com a entrada em vigor da nova Parte Geral do Código Penal, tal discussão recebeu um novo viés. O debate acerca do tema é importante, pois visa a identificar qual teoria é capaz de alcançar os preceitos constitucionais da individualização da pena, de acordo com a culpabilidade de cada agente do delito.

6 GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit. p. 59.

## 2.1. Teoria Subjetiva Causal ou Extensiva

A teoria subjetiva causal ou extensiva defende que os autores da ação delitiva são todos aqueles que convergem para a produção de um resultado, realizando ou não atos executórios, descritos no tipo penal, ficando a diferenciação entre autor e partícipe apenas no plano doutrinário. Era a teoria adotada pelo art. 25 do Código Penal de 1940, que estabelecia, verbis: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”.

O Professor Damásio Evangelista de Jesus, ao discorrer sobre a teoria extensiva, sustentou, *litteris*:

“Com fundamento na doutrina causal da equivalência das condições, conceitua autor como todo aquele que, de qualquer forma, produz o resultado. É uma doutrina causal. Adotando um critério objetivo, não distingue autor de partícipe. Assim, no homicídio, são autores mandante e executor. Autor não é só quem concretiza o comportamento típico, como também aquele que, mediante as formas de participação, realiza conduta sem a qual o resultado não teria ocorrido. Reconhece, entretanto, haver diferença, no plano subjetivo, entre quem concretiza o núcleo do tipo e quem contribui para o delito por induzimento, instigação ou auxílio, preconizando, neste caso, tratamento punitivo mais suave. A pena abstrata, do ponto de vista objetivo, é a mesma para todos. Subjetivamente, contudo, quem não realiza a conduta típica deve receber pena menor. Daí socorrer-se esta doutrina da ‘teoria subjetiva da participação’, para a qual autor é quem age com dolo

de autor (*animus auctoris*) e deseja o fato como próprio; partícipe, quem realiza o comportamento com dolo de partícipe (*animus socci*) e quer o fato como alheio. Assim, tendo contribuído para o resultado mediante qualquer conduta, a consideração do sujeito como autor ou partícipe depende da direção e conteúdo de sua vontade. Daí também denominar-se de ‘teoria subjetiva causal’.

A teoria extensiva de autor, com seu complemento subjetivo de participação, foi refutada pela doutrina, uma vez que permitiria, segundo a vontade do sujeito, ser considerado autor quando, não tendo realizado a conduta típica, quisesse o fato como próprio, e partícipe se, efetivando o comportamento do núcleo do tipo, desejasse o crime como alheio.”<sup>7</sup>

Entretanto, a teoria extensiva também recebeu inúmeras críticas, dentre as quais se destaca a de José Henrique Pierangeli, o qual afirma ser o conceito extensivo de autor uma criação normativa, em descompasso com a realidade, fazendo que o conceito de autor e de partícipe dependa, com exclusividade, de um componente subjetivo. Referido autor sustenta ainda que essa teoria considera autor aquele que tem interesse no resultado do crime, enquanto o partícipe atua no interesse alheio<sup>8</sup>.

Nessa linha, é importante destacar que o Código Penal de 1940 não diferenciava a autoria e a participação, con-

7 JESUS, Damásio E. de. Teoria do Domínio do Fato. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 14-15.

8 PIERANGELI, José Henrique. O Concurso de Pessoas e o Novo Código Penal. In Revista dos Tribunais. Vol. 680. p. 294.

soante o *animus* do agente de exercer o fato como próprio ou auxiliar na ação alheia. O Código nivelava, para os efeitos legais, todas as hipóteses de concurso, com base na teoria da *conditio sine qua non*. Ressalte-se que a grande contribuição da teoria extensiva se refere à ausência de diferenciação entre a autoria e a participação, para fins de responsabilização penal, ficando a individualização da pena para momento posterior. Além disso, saliente-se que, no plano concreto, seria extremamente difícil verificar quem teria pretensão de autor e quem teria vontade de concorrer para evento de outrem, razão pela qual teria total cabimento a referida teoria.

Por todo o exposto, conclui-se que, segundo a teoria extensiva, a simples vontade de cada agente de convergir para a consecução do delito basta para que este seja considerado autor, não importando se ele queria o evento como próprio ou alheio. A distinção entre autoria e participação fica apenas no plano doutrinário.

## 2.2. Teoria Formal Objetiva ou Restritiva

A teoria formal objetiva ou restritiva considera como autor apenas aquele agente que pratica, direta ou indiretamente, o fato típico previsto na norma penal, ou, pelo menos, parte dele. Consoante os adeptos dessa teoria, o partícipe converge para a consecução do delito com uma contribuição causal diferente da ação contida no núcleo do tipo penal. Neste sentido é a lição de Heleno Cláudio Fragoso, *in litteris*:

“Autor é quem realiza diretamente a ação típica ou quem realiza através de outrem, nos casos da chamada *autoria*

*mediata* (...). *Partícipe*, em sentido amplo, é todo aquele que, de qualquer forma, concorre para a ação delituosa; em sentido estrito, é todo aquele que, *sem realizar a conduta típica*, contribui para a ação típica de outrem.”<sup>9</sup>

Na mesma esteira, Aníbal Bruno sustenta, *verbis*:

“Autor diz-se, em princípio, aquele que realiza a ação típica – aquele do qual se pode dizer que *matou* alguém, que subtraiu para si ou para outrem coisa alheia móvel etc. É o agente do fato principal, em volta do qual se podem desenvolver todas as formas de concurso. A sua posição subsiste, com todas as suas conseqüências jurídico-penais, mesmo se com ele se colabora ou cessa de colaborar a atividade de outrem. Essa é uma compreensão restritiva e bem definida no conceito de autor, que se afasta do ponto de vista em se colocou o Código.”<sup>10</sup>

Segundo a teoria restritiva, a participação não estaria contemplada no âmbito penal, a não ser que existisse uma norma penal expressa lhe aplicando a responsabilidade. Tal norma consta do art. 31 do atual Código Penal, *verbis*: “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado”.

Ressalte-se, ainda, que a teoria restritiva, assim como a já estudada teoria extensiva, não ficou imune às críticas da doutrina. Nesse sentido, é importante

9 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. A Nova Parte Geral. p. 252.

10 BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. Tomo 2º. p. 265.

destacar as considerações de Alberto Silva Franco, segundo o qual:

“(...) a teoria não dá resposta satisfatória a certas situações concretas que não se acomodam ao rigor e ao formalismo do esquema conceitual. Por acaso, seria admissível considerar meros participantes, porque não realizaram nenhuma fração de condutas típicas, o chefe de uma quadrilha de traficantes de tóxicos que tem o comando e o controle de todos os que atuam na operação criminosa, ou o líder de uma organização mafiosa que atribui a seus comandados a tarefa de eliminar o dirigente de uma gangue rival?”<sup>11</sup>

Quanto a esse aspecto, é importante salientar que, ainda que o Código Penal atual não tivesse adotado a teoria restritiva, não existiria impedimento para punir com maior gravidade o partícipe do que o autor do crime, segundo estabelece o art. 62, I do Código Penal, *verbis*: “A pena será ainda agravada em relação ao agente que: I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes; (...)”.

O nosso Código Penal adotou a teoria restritiva, haja vista que os artigos 29 e 62 distinguem autor e partícipe. Nesse sentido, o artigo 62, inciso IV agrava a pena em relação ao agente que “executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa”. Assim, quem executa o crime é autor; quem auxilia, induz ou instiga, é considerado partícipe. Entretanto, essa teoria não resolve a situação da autoria mediata, quando o agente se utiliza de outrem para cometer o crime. Por esse

motivo, a doutrina moderna se vale da teoria do domínio do fato, que, reunida à teoria restritiva, consegue dar uma resposta adequada aos casos concretos.

A terceira teoria acerca do conceito de autor, qual seja a teoria do domínio do fato, será estudada em tópico próprio, tendo em vista sua importância central para as conclusões do presente trabalho.

### 3. A teoria do domínio do fato

A teoria do domínio do fato, também denominada de objetivo-subjetiva, está vinculada ao tema “concurso de pessoas”, previsto no Código Penal nos artigos 29 a 31. O Código Penal, em seu artigo 29, prevê que “quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.” A teoria em referência diferencia com maestria as figuras do autor e executor, dando resposta à hipótese da autoria mediata e possibilitando uma melhor compreensão da coautoria. O autor, segundo tal teoria, é quem possui o poder de decisão sobre a realização do fato típico. Autor não é somente aquele que executa a conduta típica, mas também aquele que se utiliza de outrem para a concretização do crime, o qual age como mero instrumento. Para que se configure o concurso de pessoas, são necessários a pluralidade de agentes e de condutas, a relevância causal de cada conduta, o liame subjetivo entre os agentes e a identidade da infração penal.

O domínio do fato surge nas formas do domínio de ação (ou seja, domínio de quem comete diretamente), do do-

11 FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. p. 445.



***O domínio do fato surge nas formas do domínio de ação (ou seja, domínio de quem comete diretamente), do domínio de vontade (isto é, como domínio do autor mediato) e do domínio funcional (ou seja, como domínio do coautor).***

mínio de vontade (isto é, como domínio do autor mediato) e do domínio funcional (ou seja, como domínio do coautor). Roxin é o autor do trabalho mais importante acerca do conceito do domínio do fato, tendo como precursores três importantes penalistas, a saber, Hans Welzel, o qual sustenta que “o senhor da ação é aquele que a configura por meio de sua vontade de realização que dirige o curso de modo planejado, o que significa que executa pessoalmente a ação ou atua como co-titular da decisão comum de executar a ação, oferecendo suas contribuições às ações dos demais”<sup>12</sup>; Gallas, o qual aduziu que “o senhor da ação é quem tem (...) a obra em sua mão”<sup>13</sup>; e Maurach, para qual “domínio do fato é o ‘ter entre mãos, abarcado pelo dolo, o curso típico dos acontecimentos’, e este domínio há de corresponder a qualquer um ‘que possa, ao arbítrio de sua vontade, deter, deixar continuar ou interromper a realização do resultado global’”<sup>14</sup>.

12 JAKOBS, Günther. *Crítica à Teoria do Domínio do Fato*. Vol. 9. p. 2.

13 Idem.

14 JAKOBS, Günther. *Op. Cit.* p. 3-4.

Em 1939, Welzel, na mesma época em que difundiu o finalismo, inseriu, no concurso de pessoas, a teoria do domínio do fato, que tem início com a teoria restritiva, utilizando um critério objetivo-subjetivo, qual seja, “autor é quem tem o controle final do fato, domina finalisticamente o decurso do crime e decide sobre sua prática, interrupção e circunstâncias”<sup>15</sup>. Ressalte-se que a teoria do domínio do fato é uma teoria mista, razão pela qual é denominada de “objetivo-subjetiva”.

De inquestionável inspiração finalista e criada principalmente pela doutrina alemã, a teoria do domínio do fato conceitua autor como “aquele que domina finalmente a realização do fato, isto é, quem decide, em linhas gerais, o ‘se’ e o ‘como’ de sua ‘realização’”<sup>16</sup>. Segundo conceitua Wessels, autor:

“(...) é quem, como ‘figura central’ (= figura chave) do acontecimento, possui o domínio do fato (dirigido planejadamente ou de forma co-configurada) e pode assim deter ou deixar decorrer segundo a sua vontade a realização do tipo. Partícipe é quem, sem um domínio próprio do fato, ocasiona ou de qualquer forma promove, como ‘figura lateral’ do acontecimento real, o seu cometimento.”<sup>17</sup>

Não obstante a teoria em comento esteja partindo de um conceito restritivo de autor, o qual sopesa que a autoria deve estar fundamentalmente atrelada

15 Damásio E. de Jesus. *Op. Cit.* p. 17.

16 CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 196.

17 WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte Geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1976. p. 119.

ao tipo penal, não basta a simples efetivação objetiva da conduta típica prevista na norma penal, mas sim que essa conduta típica apareça como expressão da vontade que conduz o curso do evento delituoso, que é seu aspecto subjetivo. Desse modo, autor é quem tem o controle subjetivo do fato, atuando no exercício desse controle; ele tem o domínio final da ação e, assim, pode deliberar sobre a consumação do delito, mesmo que não participe de sua execução material.

Quanto ao tema, é importante colacionar a lição de Zaffaroni, *in litteris*:

*“A tese do domínio do fato tem antecedentes muito claros na doutrina não germana, mas que não foram suficientemente explorados nas respectivas doutrinas latinas. Sem maior esforço, pode remontar-se a tese do domínio do fato a Pellegrino Rossi, quem afirmava que ‘a resolução e o fato material são os dois elementos constitutivos do delito’. Concluía em que ‘todo outro aporte que facilite, mas que não configure os elementos constitutivos do delito, corresponde aos cúmplices, que secundam a execução, mas não criam o crime’. Entre nós, foi Adán Quiroga quem difundiu esta opinião em termos ainda mais claros. Referindo-se a um exemplo de rapto, escrevia Adán Quiroga que ‘os que executam o delito por seu feito e os que tomam e conduzem a vítima, os que cometeram violência na pessoa dos donos da casa; enfim, até os criados que abrem as portas, sempre que esse ato houvesse sido indispensável para o delito, são autores do rapto’. ‘Não sucede o mes-*

*mo – acrescentava com os que vigiam a casa, os que emprestam os instrumentos que podem facilmente suprir-se, os que apagam os rastros do delito etc., porque sua participação é indireta e acessória’. Por certo não é simples achar uma melhor síntese da tese do domínio do fato.”<sup>18</sup>*

Assim, verifica-se que autor é aquele que se utiliza de outrem, não imputável, para a concretização do delito, hipótese essa de autoria mediata, uma vez que mantém o domínio da vontade do fato típico. É também considerado autor quem tem o denominado “domínio funcional do fato”, que se constata nos casos de coautoria em que ocorre a divisão de tarefas entre os diferentes agentes.

A teoria do domínio do fato tem como fundamentos princípios relacionados à conduta, e não ao resultado. O autor, segundo essa teoria, é quem tem o controle final do fato, enquanto o participe não possui o domínio do fato, mas apenas coopera, induz ou incita a prática do delito. Essa teoria, assim como a teoria finalista, também apresenta a finalidade com fundamento. Ressalte-se, ainda, que a teoria do domínio do fato é a teoria majoritária na Alemanha, sendo também adotada por muitos autores europeus. Os adeptos dessa teoria são Welzel, Stratenwerth, Maurach, Wessels, Roxin, Schröder, Jescheck, Gallas, Blei, Zaffaroni, Muñoz, Conde, Córdoba Roda, Rodríguez Devesa, Mir Puig, Bacigalupo, Enrique Cury e Bockelman. No Brasil, como representantes dessa teoria, podem-se

18 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar, 1987. p. 306.

## A teoria do domínio do fato tem como fundamentos princípios relacionados à conduta, e não ao resultado.

destacar os estudiosos Manoel Pedro Pimentel, Alberto Silva Franco, Nilo Batista, Luiz Régis Prado, Cezar Bitencourt, Pirangelli e Luiz Flávio Gomes.

É importante destacar, inicialmente, que a teoria do domínio do fato é uma tese que complementa a teoria restritiva, aplicando um critério misto, qual seja, objetivo-subjetivo. As duas teorias são aplicadas de forma conjunta, para solucionar os casos concretos que envolvem autores materiais e intelectuais de crimes. Ela visa a complementar a teoria restritiva por designar como autor aquele que possui o controle da conduta típica, mesmo não realizando atos executórios descritos no tipo penal. Em consequência, a teoria do domínio do fato designa como partícipes todos os agentes que não executem as ações previstas no tipo penal, desde que não tenham o controle final da ação apontada para o resultado típico.

Ressalte-se que o domínio do fato não é um conceito indeterminado ou fixo, mas sim um conceito aberto, acolhendo como elementos o método descritivo e a integração do indicador de direção.

### 3.1. Espécies de autoria na teoria do domínio do fato

Na teoria do domínio do fato verificam-se as seguintes espécies de autoria: autoria direta individual e imediata ou autoria propriamente dita; autoria intelectual; autoria mediata e coautoria.

Na autoria propriamente dita, o autor do delito realiza materialmente a conduta típica, agindo como executor material individual, não existindo qualquer indução, instigação ou auxílio de outrem. O autor possui o domínio total da conduta.

Por outro lado, ressalte-se que, na autoria intelectual, “o sujeito planeja a ação delituosa, constituindo o crime produto de sua criatividade. É o caso do chefe de quadrilha que, sem efetuar comportamento típico, planeja e decide a ação conjunta. A Constituição da República refere-se ao autor intelectual quando, determinando a inafiançabilidade dos crimes hediondos e assemelhados, emprega a expressão ‘mandante’. O Código Penal agrava a pena do autor intelectual, referindo-se ao sujeito que ‘promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes’ (art. 62, I)”<sup>19</sup>.

Já na autoria mediata, o agente se utiliza de outrem para cometer o delito, sendo a ele atribuída a autoria do crime. Ele tem o domínio da vontade do executor, o qual é mero instrumento de sua vontade.

Quanto à coautoria, Damásio E. de Jesus afirma, *in litteris*:

“Na co-autoria (reunião de autorias), que constitui forma de autoria, o co-autor realiza o verbo típico ou concreti-

19 JESUS, Damásio E. de. Op. Cit. p. 19.

za parte da descrição do crime, ainda que, no último caso, não seja típica a conduta perante o verbo, desde que esteja abarcada pela vontade comum de cometimento do fato. É a prática comunitária do crime, segundo Johannes Wessels. Cada um dos integrantes possui o domínio da realização do fato conjuntamente com outro ou outros autores, com os quais tem plano comum de distribuição de atividades, e quer realizar como próprio o fato comum com a cooperação dos outros. Há divisão de tarefas, de maneira que o crime constitui conseqüência das condutas repartidas, produto final da vontade comum. E nenhum deles é simplesmente instrumento dos outros. Não é necessário, portanto, que haja hierarquia ou subordinação de uma vontade a outra.”<sup>20</sup>

Quanto às suas formas, a coautoria pode ser direta e parcial ou funcional. Na coautoria direta, todos os agentes realizam a conduta descrita no tipo. Já na coautoria parcial, há divisão de tarefas para a execução do crime. É o denominado “domínio funcional do fato”, haja vista que se refere à divisão de funções entre os indivíduos.

Quanto à participação, é importante destacar que, na teoria do domínio do fato, partícipe “é quem efetiva um comportamento que não se ajusta ao verbo do tipo e não tem poder de decisão sobre a execução ou consumação do crime”<sup>21</sup>.

Segundo o magistério de Damásio E. de Jesus, são características da participação “1ª) a conduta não se amolda ao núcleo da figura típica (o verbo); 2ª) o

partícipe não tem nenhum poder diretivo sobre o crime, isto é, não possui o domínio finalista do fato”<sup>22</sup>. O partícipe, mediante conduta acessória, colabora para a realização da ação típica, por meio de induzimento, instigação ou auxílio material.

Ademais, destaque que essa teoria se aplica apenas aos crimes dolosos, sejam eles materiais, formais, sejam de mera conduta. Nos crimes culposos não há distinção entre autoria e participação, sendo considerado autor todo aquele que, mediante certa conduta, acarreta um resultado típico, deixando de observar o cuidado objetivo necessário.

Por todo o exposto, constata-se que, ao adotar a teoria do domínio do fato, podem ser considerados autores do delito, a saber, quem realiza pessoal, no todo ou em parte, direta e imediatamente, a ação típica prevista na norma penal, possuindo o domínio da ação; quem pratica o crime valendo-se de outrem como instrumento, isto é, hipótese de autoria mediata, haja vista que ele possui o domínio da vontade; aquele que, sem executar diretamente a ação típica, possui o seu domínio, uma vez que planejou e organizou sua execução, podendo, em consequência, determinar sua consumação, modificação ou interrupção, hipótese de autoria intelectual; o coautor que efetiva uma parte necessária do planejamento global, haja vista que possui o domínio funcional do fato. Por fim, é considerado partícipe aquele que, sem domínio próprio do evento, contribui ou de qualquer modo gera a sua realização.

20 JESUS, Damásio E. de. Op. Cit. p. 21-22.

21 JESUS, Damásio E. de. Op. Cit. p. 25.

22 JESUS, Damásio E. de. Op. Cit. p. 26.

### 3.2. Teoria adotada pela legislação vigente

Com a adoção pelo Código Penal de 1984 da teoria finalista, tiveram início as discussões acerca de qual teoria teria sido adotada pelo Código em relação ao conceito de autor. Grande parte dos estudiosos defendeu que, diante da aceitação do finalismo, o Código teria adotado a teoria do domínio do fato. Outros autores, dentre os quais se destaca Mirabete, sustentaram que a nova Parte Geral do Código Penal adotou a teoria restritiva, pois o *caput* e os §§ 1º e 2º do art. 29 diferenciam, de forma nítida, o autor do partícipe. Contudo, mesmo com base nessa concepção, referidos autores aduziram que autor, além de ser o executor material da conduta típica proclamada na norma penal, é também aquele que pratica o delito por meio de ação de terceiro.

Alguns estudiosos, dentre os quais se destacam José Henrique Pierangeli e Alberto Silva Franco, defendem que a nova Parte Geral do Código Penal de 1984 abrigou a teoria do domínio do fato. Segundo Pierangeli, “esta teoria, formulada por Welzel e exposta, posteriormente, com maestria por Maurach, é de concepção finalística e ‘com finalismo se identifica’, não se ligando, em momento algum à culpabilidade, mas sim à ação (...)”<sup>23</sup>. Na mesma esteira segue o magistério de Silva Franco, que sustenta que o legislador de 1984, “(...) na medida em que introduziu o dolo na ação típica final, como se pode depreender da conceituação de erro sobre o tipo, na medida em que aceitou o erro de proibição e, finalmente, na medida em que abandonou o rigorismo da teo-

*ria monística em relação ao concurso de pessoas, reconhecendo que o agente responde pelo concurso na medida de sua culpabilidade, deixou entrever sua acolhida às mais relevantes teses finalistas, o que leva à conclusão de que também abraçou a teoria do domínio do fato”*<sup>24</sup>.

Ao analisar o artigo 62, inciso I, do Código Penal, constata-se que foi adotada a teoria do domínio do fato, tendo em vista que é punido de forma mais severa aquele que promove ou organiza o crime, bem como aquele que dirige a atividade dos demais agentes. Nesse diapasão, o Código Penal pune de forma mais severa aquele agente que possui o domínio do fato.

Entretanto, ressalta-se, por oportuno, que a teoria do domínio do fato não exclui a visão restritiva de autor, mas sim a integra, oferecendo uma alternativa para situações em que, embora não execute pessoal e materialmente o verbo núcleo do tipo penal, o agente deve ser considerado seu autor, e não mero partícipe.

### 4. A aplicação da teoria do domínio do fato nos procedimentos administrativos disciplinares

A realização de um estudo que demonstre a importância da aplicação da teoria do domínio do fato para determinar a autoria de infrações disciplinares cometidas por servidores públicos em concurso de pessoas se justifica e encontra sua relevância no que diz respeito a identificar o verdadeiro autor da conduta típica disciplinar, ou seja, aque-

23 PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 24.

24 FRANCO, Alberto Silva. Op. Cit. p. 446.

le que possui o domínio final do ato, a fim de possibilitar a aplicação de penalidades de forma correta e eficaz.

O Código Penal de 1984 adotou a teoria restritiva para a autoria, sendo considerado autor aquele que pratica o núcleo do tipo penal. O Código Penal, em seus artigos 29 e 62, distingue autor e partícipe, aumentando a pena do agente que executa o crime, ou nele participa, mediante pagamento ou promessa de recompensa. Contudo, a teoria restritiva não consegue resolver, por exemplo, a hipótese da autoria mediata, em que o agente se utiliza de outrem para a concretização do crime, razão pela qual se torna cogente a utilização da teoria do domínio do fato. Como dito alhures, tal teoria nasceu não para substituir a teoria restritiva, mas sim para completá-la, a fim de que possam responder todas as hipóteses envolvendo a caracterização da autoria e da participação. Atualmente, é conferida grande importância à pessoa do mandante do crime, uma vez que se trata do verdadeiro responsável direto pela conduta típica realizada pelo executor do delito.

No Brasil, hoje, existem algumas legislações que tratam expressamente da pessoa do mandante do crime, dentre as quais se destaca a Lei do Crime Organizado. Nesse aspecto, é importante destacar que as investigações, de um modo geral, conseguem atingir somente os agentes com participação secundária nos crimes cometidos pela organização criminosa. Os verdadeiros chefes da organização, ou seja, aqueles que possuem o verdadeiro controle da ação delituosa, dificilmente são revelados, não respondendo pelas infrações que cometem.

Nessas organizações criminosas, a figura do mandante tem papel singular, de relevância central, sendo muito diferente da figura do executor dos crimes. Caso não seja adotada a teoria do domínio do fato nessa hipótese, os verdadeiros organizadores e mandantes dos crimes não poderiam ser punidos, a não ser como meros partícipes, haja vista que, de um modo geral, não realizam a conduta típica. Desse modo, aqueles que realmente deveriam ser punidos de forma mais severa, por figurarem como os verdadeiros mentores do crime, acabam não sendo punidos, ou são apenados de forma mais branda do que o executor do fato, o qual apenas recebeu a ordem do chefe da organização criminosa para a prática do delito.

Na questão do mandante, é importante destacar que, para a teoria restritiva, o mandante é partícipe e pode ter até uma pena maior, por incidir uma agravante; para a teoria extensiva, o mandante é autor intelectual; para a teoria do domínio do fato, o mandante é o autor, uma vez que ele tem o domínio da ação delitiva. É ele quem pode, em tese, interromper a execução do delito.

Tal é o raciocínio nos procedimentos administrativos disciplinares. Nas infrações cometidas na seara disciplinar, também deverá ser aplicada a teoria do domínio do fato, a fim de alcançar os verdadeiros “cabeças” do esquema delituoso, os arquitetos do iter criminis, os quais possuem o domínio, o verdadeiro controle da ação delitiva.

Quanto ao processo administrativo disciplinar lato sensu, é importante trazer à baila, inicialmente, o seu conceito e objetivo, a fim de que possa ser deba-



tida com maior clareza a aplicação da teoria objeto do presente estudo.

Colaciona-se o conceito e o objetivo do processo administrativo disciplinar *lato sensu*:

*“O processo administrativo é o instrumento legal necessário para responsabilizar administrativamente o servidor infrator por ato associado diretamente ao exercício das atribuições do seu cargo ou, indiretamente, a pretexto de exercê-las. Assim, o processo administrativo disciplinar é a sucessão formal de atos realizados pela administração pública, por determinação legal e em atendimento a princípios de Direito, com o objetivo único de apurar os fatos relacionados com a disciplina de seus servidores (ou seja, os ilícitos administrativos). O processo administrativo disciplinar tem como objetivo específico esclarecer a verdade dos fatos constantes da representação ou denúncia associadas, direta ou indiretamente, a exercício do cargo, sem a preocupação de incriminar ou exculpar indevidamente o servidor.”<sup>25</sup>*

Ressalte-se que o processo administrativo disciplinar, no que tange a sua abrangência objetiva, contempla somente os ilícitos associados ao exercício do cargo, e, quanto à sua abrangência subjetiva, atua apenas contra os servidores estatutários, regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, detentores de cargo efetivo ou de car-

go em comissão na Administração Pública Federal.

Por outro lado, saliente-se que são fontes originárias do processo administrativo disciplinar *lato sensu* a Constituição Federal, os estatutos dos servidores públicos, com destaque para a Lei nº 8.112/90 na seara federal, e as normas de organização de entidades como empresas públicas e sociedades de economia mista. As lacunas de tais normas são supridas pela Lei do Processo Administrativo, com destaque para a Lei nº 9.784/99 na área federal, pela analogia e pelos princípios gerais que fundamentam o processo administrativo disciplinar e o Direito Administrativo, pelas normas e princípios do Direito Penal e Processual Penal, pelas normas e princípios do Código de Processo Civil e pelos princípios gerais do direito.

Além disso, ressalte-se que processo administrativo disciplinar possui estreito vínculo com o Direito Penal e o Direito Processual Penal, dos quais retira a normatização supletiva indispensável à sua efetiva condução. Do Direito Penal, são retirados, mormente, os subsídios para exame das teses de defesa. Já do Direito Processual Penal, são extraídas as orientações acerca da realização e a valoração da prova e os requisitos que dirigem o ato de julgar.

O Tribunal de Contas da União, em Sessão Reservada, de 10.06.98, Ata nº 22/98 - Decisão nº 358/98, referindo-se a matéria disciplinar submetida à Corregedoria da Corte de Contas, deliberou, *verbis*:

“No caso de omissão da Lei nº 8.112/90 e de suas alterações, aplicam-

25 Controladoria-Geral da União. Manual de Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD) – Formação de Membros de Comissões. Apostila de Texto. Abril de 2009.



se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições contidas nas normas do Poder Judiciário, em especial os Código Penal e de Processo Penal.”<sup>26</sup>

Pois bem, como visto acima, a teoria restritiva, atualmente aceita e prevista no Código Penal brasileiro para determinação da autoria de infrações penais, não é suficiente para explicar diversas questões que surgem no momento de identificar e apenar servidores públicos que cometem infrações disciplinares, tais como a da autoria mediata, dos esquemas ilícitos, das organizações criminosas etc. A aplicação da teoria do domínio do fato visa a identificar a verdadeira participação de cada agente na ação delitiva, a fim de possibilitar a apenação de maneira correta e eficaz.

Com o intuito de retificar as eventuais falhas da teoria restritiva, surge a teoria do domínio do fato, que também diferencia as figuras de autor e partícipe; contudo, o critério distintivo não é a concretização ou não de elementos do tipo penal, mas sim possuir ou não o domínio do fato. Nesse sentido, ressalte-se que o processo administrativo disciplinar, tendo em vista sua identificação com o Direito Penal, deve se socorrer de tal teoria, a fim de atingir com maior justeza os verdadeiros agentes da infração disciplinar.

Atualmente, na seara disciplinar, na maior parte dos procedimentos administrativos instaurados, somente o servidor responsável pela execução direta da irregularidade é responsabilizado,

sendo atingido pelas penalidades previstas na Lei nº 8.112/90. Desse modo, os verdadeiros responsáveis pelo cometimento da infração, os quais arquitetam, planejam e organizam sua realização, com controle sobre a sua consumação, modificação ou interrupção, não são atingidos, visto que se encontram afastados da execução direta da infração disciplinar.

Desse modo, verifica-se que os reais detentores do poder nos diversos órgãos e entidades da Administração Pública, os quais, com base nessa influência que exercem, acabam por planejar e organizar a infração disciplinar tipificada na norma, repassando apenas sua execução a servidores de hierarquia inferior, em muitos casos, não são atingidos pela repressão disciplinar, ficando isentos de pena e aptos a cometer novas infrações e irregularidades.

Tais servidores, que possuem o comando da ação delituosa, acabam ficando afastados das apurações disciplinares, por não terem executado diretamente a conduta típica. Entretanto, verifica-se de forma clara que sua atuação é muito mais perigosa e prejudicial à Administração Pública, acarretando um sentimento de impunidade, que macula toda a sociedade.

A aplicação da teoria do domínio do fato nos processos administrativos disciplinares se faz cogente, a fim de que os autores mediatos ou intelectuais, os “chefes” do esquema delituoso, os quais possuem o verdadeiro controle da infração praticada – e não apenas os agentes que executaram as condutas típicas finais que causaram o prejuízo à

26 Tribunal de Contas da União, Sessão Reservada, de 10.06.98, Ata nº 22/98, Decisão nº 358/98.

administração –, possam sofrer as sanções previstas em lei.

Nessa esteira, verifica-se que as penas a serem aplicadas aos agentes que participaram da ação delitiva, em concurso de pessoas, não podem ser aplicadas de forma unívoca. Devem sim ser baseadas na qualidade de sua participação no evento delituoso, quais sejam, se os agentes participaram como autores (diretos, mediatos ou intelectuais) ou como partícipes, apenas colaborando para a concretização do delito, ou mesmo agindo como meros instrumentos na consecução do objetivo delituoso almejado pelo autor do crime.

Desse modo, a aplicação da teoria do domínio do fato sanaria as deficiências do modelo atual, que não possui resposta adequada para todas as hipóteses apresentadas pela complexa sociedade atual.

## Conclusão

A teoria do domínio do fato, elaborada por Welzel, é defendida por inúmeros doutrinadores, em sua maioria europeus. Segundo essa teoria, autor é quem possui o domínio final da situação, ou seja, aquele que decide quando, como ou onde realizar a conduta típica. Quem pratica a conduta criminosa descrita no tipo tem o poder de decidir se irá prosseguir ou interromper a ação delituosa. De acordo com essa teoria, todos aqueles que detêm o domínio do fato seriam coautores, sendo que todos aqueles que contribuíram para a ação delituosa, sem possuir domínio sobre o fato criminoso, seriam considerados partícipes.

A ideia de domínio do fato sugere uma convolução de momentos objetivos e subjetivos. Nesse passo, ressalte-se que nem as concepções de natureza objetiva, tampouco as concepções de cunho subjetivo, conceituam de forma adequada a autoria, a fim de diferenciá-la da participação.

A teoria restritiva, adotada pelo Código Penal brasileiro, não explica, por exemplo, a autoria mediata, na qual o autor do crime não pratica o núcleo do tipo, nem concretiza, de forma material, o fato típico, haja vista que se utiliza de terceira pessoa para tanto. Essa lacuna deixada pela teoria restritiva encontra solução na teoria do domínio do fato, a qual é plenamente compatível com o Código Penal pátrio.

Visando corrigir as lacunas deixadas pela teoria restritiva, deverá ser aplicada a teoria do domínio do fato, a qual pune, de forma adequada, o autor mediato e o autor intelectual, o mentor do esquema delituoso. Nessa esteira, saliente-se que o processo administrativo disciplinar, tendo em vista sua aproximação com o Direito Penal, deve se servir dessa teoria, a fim de apenar de forma eficaz os verdadeiros responsáveis pela infração disciplinar.

Atualmente, caso não seja aplicada a teoria do domínio do fato, não será possível, em muitos casos, apenar o verdadeiro agente do delito, qual seja, o mandante do crime, haja vista que nem sempre ele realiza o núcleo do tipo penal. Nesse caso, ele seria considerado mero partícipe, mesmo sua conduta sendo mais reprovável do que a do executor do delito.

Ademais, é importante destacar que o domínio do fato é um conceito aberto, não admitindo um conceito exato em sentido técnico, mas sim remetendo a uma construção descritiva, aplicada ao caso concreto. Desse modo, não oferece uma solução generalizadora, competindo ao intérprete, como conceito aberto, a função de conferir princípios balizadores que o orientem nas hipóteses a ele apresentadas.

É salutar a aplicação da teoria do domínio do fato para determinação da autoria de infrações disciplinares, com vistas a possibilitar a punição não só dos servidores executores da ação típica, mas também dos servidores responsáveis pela arquitetura, organização e direção do esquema delituoso.

### Referências Bibliográficas

(1) GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

(2) JESUS, Damásio de. Teoria do Domínio do Fato. São Paulo: Saraiva, 2000.

(3) PIERANGELI, José Henrique. O Concurso de Pessoas e o Novo Código Penal. In Revista dos Tribunais. Vol. 680.

(4) FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: a nova parte geral. Rio de Janeiro. Forense, 1985.

(5) BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Parte Geral. Tomo 2º.

(6) FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.

(7) JAKOBS, Günther. Crítica à Teoria do Domínio do Fato. 1ª ed. São Paulo: Manole, 2003.

(8) CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 196.

(9) WESSELS, Johannes. Direito Penal. Parte Geral. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.

(10) ZAFFARONI, Eugenio Raul. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV. Buenos Aires: Ediar, 1987.

(11) Controladoria-Geral da União. Manual de Treinamento em Processo Administrativo Disciplinar (PAD) – Formação de Membros de Comissões. Apostila de Texto. Abril de 2009.

# Estudo de caso: a perspectiva preventiva no controle das infrações administrativas

**Tatiana Spinelli**, Especialista em Direito Disciplinar pela Universidade de Brasília, Analista de Finanças e Controle da CGU.

## Introdução

A Administração Pública brasileira em geral adota, constatada irregularidade administrativa cometida por servidor no desempenho de suas funções, um procedimento de apuração de responsabilidade e eventual aplicação de sanção bastante similar àquele observado no sistema penal – o que vem a ensejar, dada a proximidade lógica e operacional do sistema penal e do sistema administrativo disciplinar, a sua comparação.

Das novas perspectivas trazidas pela Criminologia Crítica<sup>1</sup> às políticas públicas voltadas ao aprimoramento do sistema penal, destaco a perspectiva preventiva em especial para uma análise mais aprofundada no presente estudo;

<sup>1</sup> Escola que investiga o fenômeno criminal em sua relação com o contexto social que o informa, ampliando e aprofundando o enfoque até então adotado pela ciência criminológica tradicional. Os contornos da Criminologia Crítica, em seus elementos de caracterização e em sua potencial aplicação às grandes questões do direito penal contemporâneo, são traçados por Lola Aniyar de Castro e Alessandro Baratta, dentre outros autores.

busca-se aqui verificar a sua potencial contribuição àquelas políticas públicas que orientam a atividade disciplinar no âmbito do Poder Executivo Federal.

Dias Neto (2001) localiza o fortalecimento da perspectiva preventiva como elemento norteador de políticas criminais na década de 1980, momento no qual se apresenta como quadro o processo de esvaziamento do Estado do Bem-Estar Social, com a globalização das relações sociais, dos conflitos e dos riscos, esvaziando a capacidade regulatória estatal. Tende-se, portanto, à transferência de responsabilidade para outros sistemas, dada a saturação estrutural do Estado de Direito, expressa na carência de mecanismos decisórios capazes de incorporar novos temas e atores políticos, processar conflitos e definir critérios para seleção de prioridades diante de demandas sociais divergentes.

Dessa nova conformação do Estado emergem modelos alternativos de enfrentamento do fenômeno criminal, os

quais passam a incluir, segundo o autor, fatores como:

(i) uma nova concepção da função policial, na qual a polícia, em coordenação com outras instituições, mobiliza os seus esforços, recursos e competências na identificação, análise e solução dos problemas de um território (abordagem preventiva, buscando soluções definitivas para os problemas em si);

(ii) uma nova concepção do objeto dessa ação, em que a criminalização deixa de ser um critério necessário para a inclusão de um conflito na pauta da segurança. Dessa autonomia em relação às classificações penais, resultam inúmeras possibilidades de interpretação e gestão dos conflitos geradores de insegurança;

(iii) a participação direta dos cidadãos no planejamento das políticas, com o seu envolvimento especialmente na identificação de condutas e situações não necessariamente criminais, às quais se atribui um sentimento difuso de insegurança;

(iv) a atuação em rede, resultando na interação entre organizações na condução dos processos de identificação, análise e solução dos problemas locais (discussão de políticas públicas). A Política Criminal (resposta preventiva) passa a assumir importância frente à simples aplicação da pena (resposta repressiva); e

(v) a descentralização do poder decisório, permitindo o planejamento local de soluções adequadas àquelas especificidades, as quais deverão se coordenar com iniciativas mais abrangentes, de forma a garantir a sua eficácia e a sua permanência.

Sobre essas bases florescem os estudos acerca do que se passou a denomi-

***“Nova Prevenção”, uma abordagem que pretende, a partir de uma postura epistemológica alinhada à Criminologia Crítica, estabelecer os elementos conceituais que deverão nortear os programas de prevenção da criminalidade.***

nar “Nova Prevenção”, uma abordagem que pretende, a partir de uma postura epistemológica alinhada à Criminologia Crítica, estabelecer os elementos conceituais que deverão nortear os programas de prevenção da criminalidade.

Antes de tratar desses conceitos, uma breve ressalva deve ser aqui registrada. Ao reconhecer os limites do sistema penal no enfrentamento do fenômeno criminal – na medida em que atua após a instalação do conflito e deixa, portanto, intactas as suas causas (com efetividade restrita em médio e longo prazos) –, tende-se por vezes a posições radicais pautadas na adoção de modelos estritamente preventivos no enfrentamento da realidade criminal.

A solução reside, entretanto, na manutenção de uma postura crítica que permita reconhecer os limites dos componentes preventivos e repressivos num sistema que os integre. Há que se reconhecer, portanto, que, para a prevenção do crime, a efetividade do sistema legal é sem dúvida relevante, sobretudo a curto prazo e com relação a certos tipos

de criminalidade. Mas o simples fortalecimento do controle social formal não levará a uma política de prevenção eficaz. Esta somente será atingida, segundo García-Pablos de Molina e Gomes (2006, p.319), a partir de “uma melhor sincronização do controle social formal e do informal, e na implicação e no compromisso ativo da comunidade”.

Lançadas algumas luzes sobre a origem, as bases e os limites da “Nova Prevenção”, passemos ao estudo de seus elementos conceituais.

## 1. Marcos conceituais

Para García-Pablos de Molina e Gomes (2006, p.325), são três os elementos que devem ser considerados na elaboração e na condução de programas voltados à prevenção de condutas desviantes:

(i) o risco ou a probabilidade de descoberta do delito e de detenção, segundo a percepção subjetiva do infrator (a qual se baseia em sua avaliação quanto à atuação, justa ou não, do sistema);

(ii) a dissuasão informal, mecanismo de controle social informal que envolve sanções ou consequências sociais negativas associadas à prática de um delito, dentre as quais podem-se citar o sistema de valores do infrator potencial, seus vínculos sociais, expectativas de terceiros e incidência do comportamento desviado – na percepção do infrator – em sua esfera familiar, profissional, laboral, etc.; e

(iii) a adoção de sanções acompanhadas de tratamento – a exemplo da supervisão intensiva do infrator na comunidade, dos programas educativos – como fator relevante na prevenção da reincidência do infrator.

Esses fatores, quando trazidos para o sistema administrativo disciplinar, podem ser tidos como parâmetros de referência tanto na realização de estudos relativos às condições de ocorrência das condutas desviantes como na elaboração de políticas e programas voltados à sua prevenção.

Dentre as possibilidades que se vislumbram, podem-se citar ações voltadas ao incremento dos instrumentos de detecção de irregularidades (controles internos, ações de inteligência na investigação de indícios, canais de denúncia e comunicação de irregularidades), o que ampliará a percepção do infrator quanto ao risco de ser descoberto, além de ações voltadas ao aumento da eficiência dos procedimentos apuratórios, procurando-se diminuir o tempo da resposta administrativa ao fato conhecido e afetar, conseqüentemente, a percepção do infrator quanto à atuação do sistema repressivo.

Em outra vertente se coloca a possibilidade de articulação do sistema de controle formal àquele informal, de maneira a fomentar os mecanismos de reprovação social das condutas desviantes. Aí se inserem ações como a ampla divulgação de códigos de conduta ética, normas disciplinares e princípios em que se pauta o desempenho da função pública; a valorização de condutas recomendadas e o reconhecimento profissional daqueles que nelas se destacam; além do incremento na transparência institucional, permitindo um efetivo controle social de processos e comportamentos individuais.

Há que se mencionar ainda a adoção de medidas concomitantes à aplicação da sanção disciplinar, voltadas ao acompanhamento do apenado, o que possibilita tanto a prevenção de condutas

reincidentes quanto a readaptação do sujeito aos processos e valores institucionais, evitando-se os efeitos estigmatizantes da penalidade.

Dessa breve análise, percebe-se que as potencialidades de aplicação dos conceitos da “Nova Prevenção” ao Sistema de Correição do Poder Executivo Federal são inúmeras e guardam em si a possibilidade de alcance de resultados expressivos, a partir da adoção de medidas de baixa complexidade e investimentos reduzidos, as quais se assentam muito mais numa mudança de postura no enfrentamento das infrações disciplinares do que na utilização de “soluções pirotécnicas”.

Aqui cabe a distinção clara entre as medidas de prevenção a serem adotadas para as infrações “ordinárias” e aquelas relacionadas à criminalidade organizada ou econômica, caso este em que medidas repressivas e o incremento no rigor da sanção tendem a apresentar relevante efeito dissuasório.

Trazendo maior concretude a essa análise quanto à aplicabilidade do modelo conceitual da “Nova Prevenção” à realidade administrativa disciplinar, passaremos a avaliar as possíveis contribuições que os programas derivados de tal referencial teórico podem oferecer para o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.

Para esse estudo, partiremos das oito categorias de programas de prevenção, definidas por García-Pablos de Molina e Gomes (2006) em extensa análise de casos conhecidos, procurando compreendê-las à luz daquelas estabelecidas no modelo da “Prevenção Integrada”, a fim de verificar a sua inter-relação.

Os autores estabelecem suas categorias de programas a partir de uma avaliação de natureza subjetiva, baseada nos pressupostos teóricos, nas diretrizes e no conteúdo dos casos analisados, os quais são sintetizados na tabela a seguir:

**Tabela 1 – Principais categorias de Programas de Prevenção da Criminologia, descritas por García-Pablos de Molina e Gomes na obra Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais, capítulo V, 2006.**

| Categoria   | Descrição do Autor   | Considerações  |
|---|--|--|
| <b>1. Programas de prevenção sobre determinadas áreas geográficas</b>               | <b>Programas de natureza eminentemente policial e repressiva (ex. programas de Chicago e Boston).</b>  | <b>Enfocam a situação de risco criminal, direcionando a ação a locais específicos.</b> |
| 2. Programas de prevenção do delito por meio do desenho arquitetônico e urbanístico | Destinam-se à remodelação da convivência urbana, a partir da intervenção nos "cenários" criminógenos. Envolvem a criação de barreiras reais ou simbólicas que incrementam o risco para o infrator potencial. Fomentam, ainda, atitudes positivas da comunidade, de responsabilidade e solidariedade. | Enfocam a situação de risco criminal, direcionado a ação a áreas de risco.             |



|  |   |   |
|--|---|---|
| 3. Programas de orientação "comunitária"                                   | Programas de prevenção geral positiva, vinculados ao fomento das relações de solidariedade e controle coletivo.   | Enfocam o contexto geral em que se insere a criminalidade, direcionando a ação às situações e aos comportamentos que devem ser encorajados.       |
| 4. Programas de prevenção vitimária  | Articulam-se em três níveis de atuação: (i) campanhas gerais dos meios de comunicação (voltadas a mudanças de atitudes, de hábitos, estilos de vida e de comportamentos da população em geral); (ii) campanhas técnicas (orientadas a determinados grupos de risco, particularmente vulneráveis); e (iii) campanhas de orientação voluntária (dirigidas a pessoas de um bairro ou de uma determinada zona territorial).   | Enfocam as potenciais vítimas da criminalidade, direcionando a ação ao público em geral, a grupos de risco e grupos específicos, respectivamente. |
| 5. Programas de prevenção do delito de inspiração político-social          | Buscam intervir nas raízes dos problemas, oferecendo alternativas eficazes para o comportamento delitivo.   | Enfocam os potenciais ofensores, direcionando a ação ao público geral.  |
| 6. Programas de prevenção da criminalidade dirigidos à reflexão axiológica | Buscam a revisão de valores, atitudes e pautas sociais de comportamento, procurando atingir as causas da delinquência. Adotam como estratégias a revisão dos valores oficiais face aos praticados pela sociedade; a adequação de mensagens equivocadas, suscetíveis de uma leitura ambígua, imprecisa, simplificadora ou equivocada; a condenação de comportamentos indesejados de forma inequívoca; a oferta de alternativas e incentivo ao compromisso e à participação, dentre outras. | Enfocam os potenciais ofensores, direcionando a ação ao público geral.  |
| 7. Programas de prevenção da criminalidade de orientação cognitiva         | Fomentam a aquisição de habilidades cognitivas nos grupos de risco (ex.: habilidades na tomada de decisão, comunicação, solução de problemas e conflitos, educação de valores, etc.).   | Enfocam os potenciais ofensores, direcionando a ação a grupos de risco.   |
| 8. Programas de prevenção da reincidência                                  | Dirigidos ao condenado, procuram a adoção de mecanismos alternativos em lugar da pena, ou para suavizá-la (apoio ao infrator primário, assessoramento, reparação do dano, multa, prestação de trabalhos em favor da comunidade), ou para articulá-la ao tratamento, pedagógico ou terapêutico, do apenado.  | Enfocam os potenciais ofensores, direcionando a ação a grupos específicos, que já cometeram um primeiro desvio.                                   |

Já a “Prevenção Integrada” é descrita por Zackseski (1997, p.79) como um modelo matricial que diferencia a prevenção primária (medidas direcionadas ao público geral), a secundária (direcionadas a indivíduos ou grupos de risco) e a terciária (direcionada àqueles que já infringiram a regra, buscando prevenir a reincidência na conduta desviante), realizando ainda uma distinção entre as atividades orientadas a ofensores, vítimas e situações.

Da combinação destes dois critérios (escala e público alvo da ação) resultam as nove categorias de intervenção preventiva, aqui sinteticamente descritas:

Eixo A - Redução dos Riscos de Desvio e Criminalidade (atuação direcionada a potenciais ofensores):

A1. Prevenção primária: dirige-se indistintamente a todos os sujeitos de uma comunidade, com o objetivo de conter as condições de depreciação socioeconômica e educacionais que possam favorecer os processos de marginalização, desvio e criminalidade. Ex.: campanhas de informação contra o vandalismo, o alcoolismo e a toxicod dependência.

A2. Prevenção secundária: compreende políticas voltadas somente aos grupos de risco ou mesmo a sujeitos identificados como potencialmente desviantes. Ex.: cursos de formação para os jovens e estratégias de emprego das forças de trabalho desocupadas.

A3. Prevenção Terciária: refere-se às ações voltadas à redução do risco de reincidência, ou seja, dirige-se àqueles sujeitos que já sofreram processos de criminalização. Ex.: programas de alternativas à pena de detenção e progra-

mas terapêuticos para toxicod dependentes e alcoólatras.

Eixo B - Redução dos Riscos de Vitimização (atuação direcionada a potenciais vítimas):

B1. Prevenção primária: voltada a todas as pessoas, incentivando comportamentos de autoproteção. Ex.: campanhas de informação sobre as precauções mais comuns na prevenção do risco de vitimização.

B2. Prevenção secundária: destina-se aos sujeitos identificados como vítimas em potencial, como são aqueles pertencentes a determinadas categorias profissionais, ou grupos internacionalmente reconhecidos como vulneráveis. Ex.: criação de casas de refúgio para mulheres agredidas.

B3. Prevenção terciária: é direcionada àqueles que já sofreram experiências de vitimização. Ex.: programas de mediação.

Eixo C - Ação sobre as Situações (também tratada por prevenção situacional):

C1. Prevenção primária: visa à redução das oportunidades de consumação dos delitos, do ponto de vista ambiental. Ex.: iluminação das ruas.

C2. Prevenção secundária: voltada àqueles lugares nos quais o risco da criminalidade é maior, ou àqueles que a comunidade percebe como inseguros. Ex.: vigilância de bairro.

C3. Prevenção terciária: destinada a recuperar lugares onde reiteradas vezes ocorrem delitos. Ex.: vigilância permanente, inclusive por agentes de polícia.

São esses eixos de atuação preventiva que vêm constituir a matriz de análise em que serão distribuídas, nos ter-

mos da Tabela 2, as categorias de programas previstas por García-Pablos de Molina e Gomes (2006).

Ao associar as categorias estabelecidas por García-Pablos de Molina e Gomes (Tabela 1) àquelas previstas no

modelo matricial (Tabela 2), pretende-se aclarar as inter-relações possíveis entre os diferentes tipos de programas de prevenção, facilitando a compreensão do papel que cada qual pode cumprir como parte integrante de uma política de prevenção criminal.

**Tabela 2 – Aplicação do modelo matricial da “Prevenção Integrada” às categorias de Programas de Prevenção da Criminologia, descritas por García-Pablos de Molina e Gomes (2006).**

| Escola X Público alvo do Programa              | Ofensor   | Vítima  | Situação  |
|--|---|---|---|
| <b>Prevenção Primária (Público Geral)</b>      | 5. Programas de prevenção do delito de inspiração político-social<br>6. Programas de prevenção da criminalidade dirigidos à reflexão axiológica | 4. Programas de prevenção vitimária – (i) campanhas gerais dos meios de comunicação | 3. Programas de orientação “comunitária”  |
| <b>Prevenção Secundária (Grupos de Risco)</b>  | 7. Programas de prevenção da criminalidade de orientação cognitiva  | 4. Programas de prevenção vitimária – (ii) campanhas técnicas                       | 2. Programas de prevenção do delito por meio do desenho arquitetônico e urbanístico |
| <b>Prevenção Terciária (Grupos Incidentes)</b> | 8. Programas de prevenção da reincidência   | 4. Programas de prevenção vitimária – (iii) campanhas de orientação voluntária      | 1. Programas de prevenção sobre determinadas áreas geográficas                      |

A aderência dos programas às categorias de intervenção preventiva previstas na matriz proposta pelo modelo de “Prevenção Integrada” reforça a conclusão de que cada tipo de programa apresenta potencial contribuição ao en-

frentamento de um dos lados do problema criminal. Não há que se discutir portanto qual dos programas apresenta maior ou menor eficiência, mas sim em qual contexto cada qual melhor se adapta.

É nesse ponto que o presente estudo deve apresentar a sua principal contribuição, já que, verificada a utilidade do modelo de “Prevenção Integrada” à compreensão sistêmica das inter-relações entre as diversas categorias de programas de prevenção criminal reconhecidas por García-Pablos de Molina e Gomes em vasto estudo publicado em 2006, aponta-se a possibilidade de utilização dessas mesmas categorias de intervenção preventiva como referência para o delineamento de políticas públicas de prevenção às infrações disciplinares no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal.

Considerando-se a possibilidade de adoção de medidas concretas nesse sentido – dados os baixos investimentos requeridos (tanto financeiros, como técnicos) e a relativa autonomia de decisão das autoridades do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (não envolvendo, por exemplo, a necessidade de revisão legislativa) –, passamos à análise de um caso de estudo (Projeto Città Sicure) em

que o modelo de “Prevenção Integrada” foi implantado, buscando a identificação de subsídios ao aprofundamento da discussão quanto à aplicabilidade desse modelo apontado pela Criminologia Crítica ao contexto administrativo disciplinar.

## 2. Caso de estudo: o projeto Città Sicure

Zackseski (2007) apresenta o projeto italiano Città Sicure como exemplo de aplicação da “Prevenção Integrada”, o que nos permite tomá-lo como caso de estudo para uma avaliação concreta quanto às condições de adoção, no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, de modelo similar para a integração do componente preventivo ao combate à impunidade administrativa.

Com vistas à contextualização da análise, são apresentadas, na figura a seguir, informações sintéticas acerca do Projeto Città Sicure, levantadas pela autora:

### Contexto:

Iniciado em 1994, por iniciativa da presidência da região de Emilia-Romagna, Itália. Vinculado formalmente à Presidência da Junta, o projeto foi integrado nas atividades do Fórum Europeu pela Segurança Urbana, realizando intercâmbios de informações e experiências.

### Atores:

Participação das agências oficiais de controle e serviço social e dos cidadãos da região.

### Objetivos:

- 1) organização de um sistema permanente de monitoramento em condições de oferecer referências sobre a demanda social de segurança expressa pela comunidade regional;
- 2) favorecimento da difusão de pesquisas científicas sobre as características objetivas e a evolução dos fenômenos de ilegalidade e criminalidade presentes na região;

- 3) colaboração ativa, dando a competência adequada aos administradores locais que pretenderem desenvolver iniciativas voltadas a melhorar as condições de segurança da comunidade e prevenir os comportamentos desviantes;
- 4) promoção da formação sobre o “bem segurança” para os administradores públicos, os operadores e o sistema associativo;
- 5) elaboração de uma proposta de lei ao Parlamento nacional que enfrente, de maneira orgânica, o problema do ressarcimento das vítimas de agressões; e
- 6) elaboração de uma proposta de lei regional para responder de maneira adequada à demanda de segurança na região e, em particular, a construção de um centro de documentação e pesquisa para a segurança dos cidadãos e das cidadãs na luta contra a criminalidade, bem como a interseção de sustento às vítimas, reais ou potenciais, com referência à realidade da região, e a sustentação de iniciativas locais no tema da segurança e da prevenção.

#### Etapas de implantação:

- 1) verificação de necessidades;
- 2) socialização das informações em encontros públicos com a população dos bairros;
- 3) organização de observatórios locais, em condições de identificar os problemas e suas variações, assim como o monitoramento dos projetos; e
- 4) elaboração, implementação e avaliação dos projetos.

#### Estrutura de Gestão:

Composta basicamente por um Comitê Científico, formado por pesquisadores provenientes da academia, e um Núcleo Operacional composto de cinco pessoas (o responsável pelo projeto, duas funcionárias com competência diversa e uma secretaria composta de duas pessoas). Do ponto de vista formal, os comandantes das duas polícias designaram dois altos funcionários para se integrarem aos trâmites do projeto. Como essas são estruturas fortemente hierarquizadas, foram designados outros dois dirigentes com a tarefa de se relacionarem com a equipe e colaborarem na medida do possível.

#### Distribuição de competências gerenciais:

- 1) Comitê Científico: função de elaborar um relatório anual sobre as condições de segurança da região, possuindo autonomia quanto às modalidades, formas e hipóteses de pesquisa;
- 2) Núcleo Operacional: articulação com outras unidades da estrutura organizacional da região e com uma série de sujeitos externos à região (ampla descentralização administrativa).

#### Atividades:

Centradas, principalmente, na realização de pesquisas com a finalidade de instaurar estratégias sobre uma base de dados exaustiva, envolveram:

- 1) a elaboração de projeto de lei nacional sobre execuções penais e programa de reintegração social baseado na prestação de serviços à comunidade;
- 2) a elaboração de relatórios anuais, apresentando um balanço das condições de segurança na região, em 3 etapas. A primeira compreende a reconstrução do quadro geral da segurança por meio de um perfil estatístico da criminalidade, da percepção dos administradores locais quanto a essa temática e do comportamento dos cidadãos. A segunda parte refere-se aos aprofundamentos teóricos baseados nos resultados das pesquisas. E uma terceira parte apresenta as recomendações do Comitê Científico ao governo regional;

- 3) a atividade de pesquisa destinada à individualização das intervenções e das propostas de prevenção envolvendo as comunidades e os sujeitos interessados; e
- 4) a execução de ações de prevenção circunscritas a territórios determinados, dentre as quais destacam-se a formação de operadores, para que esses desenvolvam e coordenem estratégias locais de segurança; a ativação de um centro de documentação; a edição de um periódico bimestral de notícias e dos relativos cadernos, contendo informações mais aprofundadas; e, finalmente, a construção de redes de relações envolvendo os atores sociais e institucionais regionais, as outras regiões italianas e europeias, as agências de polícia locais e nacionais e as associações de cidades e regiões que enfrentam os problemas de segurança, em escala internacional.

Figura 1 – Quadro-síntese apresentando a estrutura do Projeto *Città Sicure*, segundo informações levantadas por Zackseski no artigo “*Città Sicure*”: surgimento de um projeto de prevenção integrada, 2007.

Além das qualidades inerentes a um bom projeto (escopo bem delimitado, estrutura gerencial e distribuição de competências adequadas, respaldo do alto corpo diretivo, planejamento de implantação e canais de comunicação bem definidos, assim como a previsão de mecanismos de articulação nos diferentes níveis de alcance das ações), merecem registro o que considero serem os pontos fortes dessa iniciativa: a descentralização administrativa e a vinculação ao componente científico.

Não me deterei, portanto, em uma análise detalhada de cada um dos elementos do Projeto *Città Sicure*, embora considere que, em sua totalidade, já apresentem em si importante contribuição a iniciativas similares na esfera administrativa. Desde os objetivos até as atividades desenvolvidas nesse projeto, passando por suas etapas de implantação, podem ser tidos por referência na elaboração e execução de programas de natureza preventiva, voltados ao enfrentamento da ainda presente impunidade administrativa e de suas consequências perversas.

A principal contribuição do modelo consiste na concepção teórica de que parte (a “Prevenção Integrada”) e na estrutura gerencial concebida para a sua execução. Assim, ainda que a distinção entre as realidades abordadas numa análise comparativa impeça a simples transposição de ações – no caso, ressaltavam-se variações tanto no objeto da ação, se o controle da criminalidade ou da infração administrativa, como nos contextos culturais e geográficos que o conformam –, o que se propõe aqui é a possibilidade de aplicação de um mesmo modelo, e seu arcabouço teórico e metodológico, numa realidade senão semelhante, ao menos comparável.

Chega-se portanto à primeira das principais contribuições do caso estudado à realidade do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal: a definição de uma estrutura administrativa adequada à coordenação central de ações elaboradas e gerenciadas localmente. A criação dessa estrutura de descentralização administrativa é ponto fundamental para o sucesso de programas baseados no modelo matricial da “Prevenção Integrada”, já que este prevê a convergência de nove eixos de atuação, em di-

ferentes escalas e direções, no enfrentamento do fenômeno criminal.

Assim, aspectos como a criação de um núcleo central com competência e, ressalte-se, legitimidade junto às autoridades máximas do sistema para a articulação com gestores locais e demais atores envolvidos, além do estabelecimento de canais de comunicação que garantam o fluxo de informações e a convergência entre as diversas ações desenvolvidas, tornam-se centrais.

Nesse sentido, encontram-se, no âmbito do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, um conjunto de condições favoráveis à adoção de um modelo gerencial semelhante ao desenvolvido pelo Projeto *Città Sicure*. Por tratar-se de uma atividade formalmente organizada na estrutura de um sistema que reúne unidades nos diferentes órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, a atividade correcional já dispõe de processos e normatização adequados à implantação de projetos de natureza transversal.

Dada a distribuição de competências<sup>2</sup> dentre Órgão Central (normatizador e coordenador), Unidades Setoriais (eminentemente supervisoras) e Unidades Seccionais (executoras), o sistema correcional apresenta também estrutura compatível com o modelo de descentralização administrativa proposto. Fica facilitada, portanto, a criação de um pequeno núcleo central de coordenação de ações, o qual se articula com as demais unidades na elaboração e na gestão local de ações (adequadas, cada

qual, às especificidades da unidade correcional em que são implantadas).

A troca de informações e a articulação com instituições e programas externos ao sistema correcional também encontra condições favoráveis, na medida em que a Corregedoria-Geral da União (Órgão Central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal) constitui um dos braços da Controladoria-Geral da União, órgão ligado à Presidência da República que reúne, em sua estrutura, unidades centrais das atividades de controle interno, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria pública, ao lado da atividade correcional. Tem-se, por óbvio, a convergência desses sistemas de controle formal no âmbito do Poder Executivo Federal, o que facilita sobremaneira a articulação de ações entre tais áreas e destas com aquelas desempenhadas pelos demais órgãos públicos.

Esse movimento de descentralização, focalizando a atenção no envolvimento, no suporte e na capacitação dos gestores locais, a fim de os tornar agentes administrativos e políticos capazes de canalizar e atender as demandas identificadas em suas unidades, é acompanhado de outro que merece, também, ser destacado no âmbito do Projeto *Città Sicure*. Trata-se de uma aproximação das instâncias estatais executivas e do meio acadêmico, agregando ao projeto um componente diferencial: a criação de um Comitê Científico, com autonomia de investigação teórica dos objetos de intervenção.

Tal estrutura confere maior densidade e unidade conceitual às ações propostas no âmbito do projeto, oferecendo-lhe base sólida para o planejamento e a exe-

2 Estabelecidas por meio do Decreto nº 5.480, de 30/06/2005.



cução, bem como para o monitoramento de resultados. Interessante notar que as contribuições do meio científico se dão mediante a instituição formal de unidade de representação autônoma deste junto à estrutura central de administração do projeto, e não segundo contribuição pontual e limitada a alguma das fases de implementação das ações.

A utilização de solução semelhante na esfera administrativa disciplinar pode trazer importante contribuição, tanto no macrodiagnóstico e na compreensão da realidade a ser enfrentada, em suas condicionantes e tendências, como na realização de pesquisas para embasar o processo decisório de planejamento e gestão das ações e do monitoramento quanto à efetividade dos resultados alcançados.

Aproximações já existentes entre órgãos de controle e instituições de pesquisa, ainda que não institucionalizadas na forma proposta, podem ser utilizadas como ponto inicial nesse processo. Como exemplo de iniciativas nesse sentido, pode-se apontar a celebração, pela Controladoria-Geral da União, de convênios e acordos de cooperação técnica com instituições de pesquisa nacionais e internacionais. Essa condição vem reforçar a percepção quanto à aplicabilidade do caso de estudo aqui analisado à realidade administrativa disciplinar brasileira, no âmbito do Poder Executivo Federal.

Ao finalizar a presente análise, resalto a necessidade de focalizar atenção a uma importante fragilidade do Projeto *Città Sicure*, discutida por Zackseski (2007, p.5) nos seguintes termos:

“Os projetos de nova prevenção integrada que outros países desenvolvem não dão relevância à criminalidade organizada e econômica, e a busca de alternativas na condução destes problemas no interior do projeto regional descrito neste texto esbarrou em diversas dificuldades. Como explica Massimo Pavarini, as atenções do projeto recaíram, principalmente, sobre a criminalidade típica dos mais débeis. A temática da macrocriminalidade é demasiadamente ambígua, e os cidadãos da região demonstram, através das pesquisas de opinião pública, uma preocupação muito maior com as formas de criminalidade tradicionais.”

Distorções desse tipo devem, portanto, ser permanentemente evitadas, de forma que, na delimitação dos eixos de atuação preventiva, sejam sempre consideradas, em seu devido grau de prioridade, as ações preventivas voltadas à responsabilização administrativa de condutas ligadas à criminalidade econômica, especialmente àquelas cometidas por altos funcionários (crimes do colarinho branco). Tal condição é vital para o efetivo sucesso de um programa de prevenção e combate à impunidade administrativa.

## Referências Bibliográficas

DIAS NETO, Theodomiro. A nova prevenção: uma política integrada de segurança urbana. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 9, n.36, 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos Juizados Especiais Criminais. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZACKSESKI, Cristina Maria. Políticas integradas de segurança urbana: modelos de respostas alternativas à criminalidade de rua. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

\_\_\_\_\_. "Città Sicure": surgimento de um projeto de prevenção integrada. Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara, Veredas do Direito, v. 4, n. 7, 2007.

# Enriquecimento ilícito: presunção absoluta, relativa ou necessidade de fato antecedente para a responsabilização administrativa

*Waldir João Ferreira da Silva Júnior*, bacharel em Ciências Políticas (UnB) e Direito (UNIEURO), Especialista em Direito Disciplinar na Administração Pública (UnB). Analista de Finanças e Controle da CGU-PR, Corregedor-Geral Adjunto da Área Social, Corregedoria-Geral da União (CGU-PR).

## Introdução

Na sociedade contemporânea, há, por parte do Estado, o que se pode chamar de uma tendência à apropriação dos mecanismos sociais de controle. De certa maneira, é por meio dessa apropriação que o Estado passa a exercer sobre o indivíduo um controle de suas ações, empenhando-se na sua correção<sup>1</sup>.

Na Inglaterra do século XVIII, havia diversos grupos sociais originados da pequena burguesia. Tais grupos, com forte apelo religioso, tinham por objetivo garantir a ordem em seu interior, por meio da supressão dos vícios, bem como dos hábitos contrários à moral. A manutenção da ordem moral empregada no interior desses pequenos grupos nada mais era do que a tentativa de escapar à sanha punitiva do Estado<sup>2</sup>.

Na França ocorreu um processo diferente, haja vista o aparelhamento estatal mais robusto imposto pela monarquia absolutista francesa. O país já possuía, pelo século XVIII, um instrumento parajudiciário – a polícia –, bem como grandes prisões, cujo exemplo clássico é a Bastilha.

Interessante notar que a prisão se estendia até que o Estado afirmasse que o preso tinha-se corrigido. Surge aí, então, a ideia de aprisionar para corrigir, que, nas palavras do autor francês, é uma “idéia paradoxal, bizarra, sem fundamento ou justificação alguma ao nível do comportamento humano”<sup>3</sup>.

Observa-se que, por uma via distinta, a França chegou a um modelo de controle semelhante ao inglês, no qual a resposta punitiva do Estado

está mais relacionada ao comportamento do indivíduo do que ao fato por ele praticado.

Em ambos os casos, essa forma de punição, modelo contemporâneo hegemônico de punição do Estado Democrático de Direito, não é fruto do projeto jurídico elaborado pelos primeiros jusfilósofos. Distancia-se dessa formulação teórica para privilegiar os mecanismos de controle social.

Esse breve comentário exemplifica que, com o correr da história da humanidade, os direitos se aprimoram e evoluem. Sua síntese pode ser estabelecida com a ponderação entre direitos individuais absolutos e direitos coletivos fundamentais. A norma não visa apenas a proteger a pessoa como ser unitário, fora de um sistema complexo de relações sociais, e sim inserida e partícipe de uma coletividade ordenada para a consecução de um fim comum: a vivência pacífica.

Com efeito, já dizia Kelsen que *toda aplicação do direito é também atividade de criação*. Nas palavras do pai do normativismo jurídico:

“A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito”<sup>4</sup>.

O Estado, conforme nos leciona Bobbio, utiliza de sua interpretação para buscar a vivência pacífica, e assim é feito em sua leitura:

“A relação política por excelência é a relação entre governantes e governados, entre quem tem o poder de obrigar com suas decisões os membros do grupo e os que estão submetidos a essas decisões. Ora, essa relação pode ser considerada do ângulo dos governantes ou do ângulo dos governados. No curso do pensamento político, predominou durante séculos o primeiro ângulo. E o primeiro ângulo é o dos governantes”<sup>5</sup>.

Diante desse “embate”, há um campo fértil para a proteção dos direitos individuais ser utilizado como um escudo para a consecução de ilícitos. A relativização desses direitos individuais, para que não se fossilizem em absolutos, tem como objetivo que a própria sociedade não se torne refém de seus direitos.

Na esteira desse debate, a questão da transgressão a normas de cunho jurídico-administrativo ganha relevância dentro do próprio aparelho estatal, cujo escopo de atuação é delineado em inúmeros normativos. Um dos focos de atuação se circunscreve ao patrimônio dos servidores/empregados públicos, uma das variantes da corrupção.

Bobbio define corrupção como uma transação ou troca entre quem corrompe e quem se deixa corromper. Trata-se, portanto, de uma promessa ou recompensa em troca de um comportamento que favorece os interesses do corruptor e do corrompido. O autor define corrupção como uma forma particular de influência do tipo ilícita, ilegal e ilegítima<sup>6</sup>.

Caracterizam-se de duas maneiras a forma de interpretar a corrupção: de

um lado, por meio de justificativas moralistas, pontuando como a decadência das virtudes do indivíduo. De outro, por meio da leitura de que a corrupção é algo resultante das regras próprias do mundo político, em que a corrupção política de uma cidade estará ligada à fraqueza de suas leis e de suas instituições políticas, à falta de preocupação e de ação do cidadão em relação às coisas públicas<sup>7</sup>.

Ainda que algumas pessoas sejam boas, sempre haverá indivíduos que são maus e que devem ser impedidos de praticar suas maldades. Contra isso, a conscientização não é suficiente; são necessários outros mecanismos mais fortes e eficazes: as instituições e as leis<sup>8</sup>.

No combate à corrupção, uma das medidas adotadas é o acompanhamento da evolução patrimonial de agentes públicos, de forma a identificar possíveis casos de enriquecimento ilícito, uma das espécies do gênero improbidade administrativa, designativo técnico da chamada corrupção administrativa<sup>9</sup>. O enriquecimento ilícito é comumente definido pela doutrina como o aumento indevido, injusto ou sem causa do patrimônio material, moral ou intelectual de uma pessoa<sup>10</sup>. Em suma, constitui-se na aquisição de patrimônio em dimensões incompatíveis ou desproporcionais com os rendimentos auferidos pelo indivíduo.

## 1. Marcos do estudo sobre enriquecimento ilícito

Diversos são os matizes relacionados ao contratualismo, mas, de forma geral, pode-se dizer que cada membro da so-

cidade teria conferido idealmente uma parte mínima da sua liberdade ao soberano para que este, imbuído de poder sobre cada indivíduo, pudesse fazer prevalecer a proteção e a defesa do homem natural<sup>11</sup>. Em caso de violação das regras, o infrator estaria desrespeitando o pacto, razão pela qual se lhe aplicaria uma sanção.

Em razão de a concepção individualista e a concepção orgânica da sociedade estarem em irremediável contradição<sup>12</sup>, diante da dificuldade de se estabelecerem os limites do grau de liberdade que o indivíduo se dispõe a conceder ao Estado (*Leviatã*), estabelece-se uma limitação às ações do Estado.

Para poder limitar essa capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), há necessidade de regras de procedimentos, concretizando o culto ao valor liberdade, em função do qual o poder estatal seria exercido com contornos delimitadores, para a dignidade dos indivíduos sobre os quais ele se exerce<sup>13</sup>. *Poder* (autoridade) e liberdade são dois polos de um pêndulo em que o exercício da jurisdição do Estado procura manter o equilíbrio<sup>14</sup>.

Com o desenvolvimento das instituições atinentes à vida própria do Estado, diante da perspectiva teórica anterior, mais clara ficou a distinção entre infração moral e penal, inserindo, nesta última, uma nova definição de criminoso, respaldada na ideia de dano social. O criminoso é tido como um inimigo da sociedade; na medida em que lhe causava danos com a sua conduta, ao infringir os valores da sociedade, o infrator dela se excluía, rompendo com o pacto social<sup>15</sup>.

Com a penalização cada vez maior das condutas consideradas inadequadas em sociedade, a tendência é a da criminalização reiterada de toda a população, tornando-se inoperante o sistema penal, estruturalmente montado para que se exerça o poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva, tornando-o dirigido aos setores vulneráveis<sup>16</sup>.

Em reação a essa desestruturação do sistema penal, o Estado busca formas de compensações a condutas não aceitas pela sociedade, inserindo-se nesse campo o combate às formas de corrupção dentro do aparato estatal. Nessa esteira, corruptos e corruptores não são mais aceitos como partes do cotidiano, não são mais tolerados como um mal necessário. Atualmente, a corrupção é vista como prejudicial ao desenvolvimento, inimiga das políticas públicas e agente alimentador da exclusão social<sup>17</sup>.

No âmbito da Administração Pública, o enriquecimento ilícito é um dos sintomas que a sociedade identifica como um dano social aos valores que lhe são relevantes, assim como na esfera privada, mas aqui já com o nome de *enriquecimento sem causa*<sup>18</sup>. Essa consequência da corrupção deve ser reprimida com rigor, pois se trata de um das espécies de improbidade administrativa com nítido viés de ostentação. Isso porque, ao auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, o agente público deixa de exercer seus deveres funcionais de honestidade, lealdade e moralidade para com a Administração<sup>19</sup>.

O ponto nevrálgico situa-se na possibilidade de indicação de enriquecimento ilícito em desfavor de agente

público, sem a necessidade de se comprovar a origem ilegal dos recursos patrimoniais. Nessa discussão, há que se ter em voga a *teoria dos ônus processuais* que dita o correto direcionamento e a justa medida das consequências dos possíveis comportamentos omissivos das partes<sup>20</sup>.

Na interpretação da medida mais adequada para a condução do processo, indispensável será a ponderação de interesses à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização<sup>21</sup>.

Uma das possibilidades para indicar a desproporcionalidade entre renda e patrimônio – e para subsequente enquadramento em enriquecimento ilícito – ser de valor relativo (possibilidade do contraditório) se resguarda na presunção legal, visto o agente ter a obrigatoriedade de apresentar declaração de bens, conforme preceitua a Lei 8.429/92, art. 13, *in verbis*:

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.

À Administração caberá demonstrar que a aquisição de bens de qualquer natureza é de valor desproporcional à

**O enriquecimento ilícito é um dos sintomas que a sociedade identifica como um dano social aos valores que lhe são relevantes.**

evolução do patrimônio ou à renda do agente público<sup>22</sup>.

Comprovada a desproporcionalidade, o Estado terá cumprido seu ônus, transferindo ao indigitado a responsabilidade de infirmar essa imputação<sup>23</sup>. Ou seja, dessa dialética entre o argumentado e comprovado pela Administração e o contra-argumentado e descomprovado pelo agente é que se refletem as perspectivas, as possibilidades, as chances, as expectativas e o ônus, situação na qual cada polo desse processo constrói o melhor quadro, sempre com vistas à melhoria de sua própria situação<sup>24</sup>.

## 2. Responsabilização administrativa

A doutrina conceitua a transgressão disciplinar como “proceder anômalo, interno ou externo, do agente público que, além de colocar em descrédito a Administração, redunde em detrimento da regularidade do serviço público”<sup>25</sup>.

A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública e, em uma leitura extensiva, de toda a sociedade.

A apuração, a punição e a reparação, caso necessário, fazem parte da normalidade do funcionamento do Estado, já que é impossível imaginar um lugar onde ninguém infrinja uma lei ou uma norma de conduta. A não punição dos erros já é um sinal de que algo de errado está ocorrendo<sup>26</sup>.

A Administração, para manter a disciplina interna de sua organização, exer-

cita o poder disciplinar, em virtude do qual pode impor sanções a seus agentes. A diferenciação dessas sanções, notadamente quanto ao aspecto penal, reside em dois pontos centrais: o reconhecimento de uma espécie de titularidade natural da Administração, derivada de um Poder Hierárquico no âmbito doméstico, decorrente dos Princípios da Finalidade, da Eficiência e da Supremacia do Interesse Público, sopesados com o Princípio da Proporcionalidade<sup>27</sup>; e a previsão de ilícitos que correspondem a condutas valoradas com critérios deontológicos (princípios, fundamentos e sistemas de moral).

Por isso, a tradição do Direito Público pretendeu dispensar desse tipo de potestade o requisito geral de tipicidade, caracterizador das penas nos tipos penais, substituindo essa regra por uma sorte de potestade doméstica, legitimada na simples posição de uma submissão geral dos destinatários das medidas disciplinares, compulsória na contratação. As atribuições de competências sancionatórias da Administração Pública para com seus agentes residem na disciplina – a hierarquia encontra aqui sua pedra angular<sup>28</sup>.

O problema central radica-se na forma adequada de legislar sobre os *tipos*<sup>29</sup> que analisam as condutas que estimulam a corrupção, para que esse combate se alinhe às categorias dos delitos que atentam contra o prestígio e a atuação da própria Administração Pública, notadamente a probidade<sup>30</sup>.

Os delitos que, conforme entendimento da Administração Pública, são puníveis são definidos em grupos esquemáticos, divididos normalmente em



*deveres, obrigações e proibições*, competindo à lei definir qual conduta deverá ser enquadrada em um dos grupos citados, com a consequente configuração do ilícito administrativo e a sua correspondente sanção.

O presente estudo concentrar-se-á no delito esculpido na Lei de Improbidade Administrativa, classificado dentro do grupo proibições. O inciso VII do art. 9º da Lei 8.429/92 prevê o “tipo” de adquirir bens, no exercício do cargo, em valor desproporcional à renda do agente, a saber:

“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;” (grifo nosso)

Trata-se de evidente sintoma de ilegalidade, caracterizado por sinais exteriores de riqueza incompatíveis com a renda do servidor.

Hodiernamente, a lei não exige que a conduta do agente público acarrete um dano ou prejuízo ao patrimônio público, bastando a simples comprovação do enriquecimento ilícito ocorrido no exercício do cargo. A constatação do enriquecimento ilícito ocorre quando a Administração verifica que os bens e valores que integram o patrimônio do

agente são incompatíveis com os rendimentos e as disponibilidades declarados, e esse servidor não é capaz de explicar a desproporcionalidade, de apontar ou justificar a origem dos recursos que sustentaram o acréscimo patrimonial<sup>31</sup>.

### 3. Improbidade administrativa

A expressão *improbidade administrativa* foi inserida, pela primeira vez, no texto constitucional na Carta Magna de 1988, em seus arts. 15, V, e 37, § 4º:

“Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

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.”

A improbidade administrativa exprime o exercício da função pública com desconsideração aos princípios constitucionais expressos e implícitos que regem a Administração Pública<sup>32</sup>.

Na lição de Fábio Medina Osório:

“Mais especificamente, a improbidade decorre da quebra do dever de

probidade administrativa, que descende, diretamente, do princípio da moralidade administrativa, traduzindo dois deveres fundamentais aos agentes públicos: honestidade e eficiência funcional mínima. Daí decorre a ideia de que improbidade revela violação aos deveres de honestidade lato sensu e eficiência profissional em sentido amplo.”<sup>33</sup>

Em razão da necessária normatização, decorrente do final do disposto na CF, art. 37, § 4º (...), *na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*), foi editada a Lei 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa, identificada pela sigla LIA.

A LIA agrupou os atos de improbidade administrativa em três categorias:

- atos que importam enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º);
- atos que causam prejuízo ao erário (art. 10);
- atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Também lhe cominou sanções políticas, civis e administrativas, definiu os sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade, cuidou dos procedimentos investigatórios desses atos e regulou a ação civil de improbidade administrativa, versando sobre declaração de bens, prescrição e infração penal, referentes à improbidade administrativa<sup>34</sup>.

Dentre as três categorias citadas, deter-nos-emos na esculpida no art. 9º, VII, já transcrito, sobre o qual o entendimento de Waldo Fazzio Júnior é de que “o inciso VII é extensão e exempli-

ficção do caput, denunciado pelo adverbio *notadamente*”<sup>35</sup>.

Trata-se da modalidade mais grave de improbidade administrativa, tendo-se como parâmetro as sanções definidas no art. 12 da LIA, *in verbis*:

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;”

Expressa a norma do enriquecimento ilícito (art. 9º) o tráfico, a negociação da função pública pelo administrador no exercício de qualquer atividade estatal, com o fim ignóbil de auferir vantagem patrimonial sem respaldo ético-legal, por meio da atividade laboral.

O enriquecimento ilícito é a figura que mais leva em conta os efeitos do delito da corrupção, porque atinge de forma direta o objetivo perseguido pelo agente corrupto: a aquisição de patrimônio e sua ostentação. Ressalte-se que não é qualquer incremento patrimonial do agente público que deve-

rá ser levado em conta para que se configure o enriquecimento ilícito, mas aquele significativo, excessivo ou vultoso.

#### 4. Enriquecimento ilícito

O enriquecimento ilícito é definido pela doutrina majoritária como o resultado de qualquer ação ou omissão que possibilite ao agente público crescer ao patrimônio material, moral ou intelectual uma vantagem não prevista em lei<sup>36</sup>.

O enriquecimento sem causa, ou ilícito, apesar de não ter no início sua origem na lei, sempre foi matéria puramente doutrinária, tendo como fundamentação três outros princípios: da moral, dos princípios gerais de direito e da equidade, entendida como emanção do ideal central de justiça de nossa concepção jurídica: “a arte de dar a cada um o que é seu”<sup>37</sup>. Aquele que aufere para si patrimônio sem justificativa, por situação lógica, enriquece com prejuízo alheio.

A ideia nevrálgica do enriquecimento ilícito é a obrigatoriedade do agente público justificar sua evolução patrimonial desproporcional à renda, demonstrando que não a obteve à custa de outrem, de forma ilegítima, e que a causa é reconhecida pelo ordenamento jurídico como apta a sustentar o acréscimo patrimonial<sup>38</sup>.

A existência de uma presunção legal que conduza à confirmação da improbidade administrativa, pela desproporção entre patrimônio e renda, não fere a norma constitucional.

***Enriquecimento ilícito é definido pela doutrina majoritária como o resultado de qualquer ação ou omissão que possibilite ao agente público crescer ao patrimônio material, moral ou intelectual uma vantagem não prevista em lei.***

Na busca pela elucidação do espírito da norma (a Lei 8.429/92), surgiram três correntes doutrinárias de interpretação<sup>39</sup>, explicitadas a seguir.

##### **4.1. Necessidade de fato antecedente para a responsabilização administrativa**

A presente corrente advoga ser indispensável a comprovação do fato antecedente ocasionador do enriquecimento. Sem a devida prova do ato ilícito que causou prejuízo ao erário, não hánexo de causalidade para configuração do enriquecimento ilícito do agente público.

Conforme nos leciona Norberto Bobbio, “a função primária da lei é de comprimir, não a de liberar; a de restringir, não a de ampliar, os espaços de liberdade; a de corrigir a árvore torta, não a de deixá-la crescer selvagemmente”<sup>40</sup>.

A era da verdade sabida foi descartada do cenário do processo administra-

tivo, para dar lugar à verdade real, em que os fatos e as provas devem desconstituir a presunção de inocência do servidor público<sup>41</sup>.

O princípio da presunção de inocência vem contido no art. 5º, LVII, da CF. Estabelece esse princípio uma garantia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. *In verbis*:

“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:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Por esse princípio, a Administração deverá provar que o agente público praticou um ato delituoso, pois é vedada a condenação que contraria a prova dos autos: “há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal”<sup>42</sup>.

Conforme lecionou o Ministro Celso de Mello, em julgamento de Habeas Corpus nº 73.338/RJ, no Supremo Tribunal Federal - STF:

“Nenhuma acusação pessoal presume-se provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao MP comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento

histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência.”

Na mesma linha de argumentação, os doutrinadores adesistas a essa corrente recorrem a ressaltar que a inversão do ônus da prova só ocorre, em nosso direito positivo, em situações especialíssimas de relevante interesse público, como no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), em prol do consumidor de produtos ou serviços lesado, bem como na Lei de Proteção ao Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), em que o agressor é que tem de provar a falta de nexo causal entre a sua atividade e o desastre ambiental ocorrido. E sua adoção, por ser excepcional e afastar a regra processual geral, tem de ser expressa, e não tácita ou presumida<sup>43</sup>.

Todavia, não restam dúvidas quanto ao caráter limitado das garantias individuais – debate será aprofundado no tópico específico inserido no capítulo “Aparente Conflito de Princípios” –, em especial a da presunção de inocência e inversão do ônus da prova (controvertido, pois não se trata de afronta a esses princípios, e sim de argumento dos adeptos dessa corrente de pensamento), tendo em vista que se deve ponderar, em face da necessidade de apuração da verdade, visando o bem da sociedade, devendo o interesse público prevalecer sobre o interesse individual<sup>44</sup>.

Inclusive, no campo jurisprudencial, existem decisões que advogam pela desnecessidade de nexo de causalidade

entre o exercício do cargo e a conduta ilícita administrativa, como exemplificado no Mandado de Segurança nº 12.536-DF, no Superior Tribunal de Justiça – STJ, relatado pela Ministra Laurita Vaz, nos termos seguintes:

“A conduta do servidor tida como ímproba não precisa estar, necessária e diretamente, vinculada com o exercício do cargo público. Com efeito, mesmo quando a conduta é perpetrada fora das atividades funcionais, se ela evidenciar incompatibilidade com o exercício das funções do cargo, por malferir princípios basilares da Administração Pública, é sim passível de punição na esfera administrativa, inclusive com a pena máxima de demissão.”

Ora, se ao agente público é necessária uma conduta ilibada, mesmo fora das atividades funcionais, por exteriorizar o fortalecimento dos princípios que devem nortear o *homo publicus*, é de classificá-lo de forma especial, inclusive com mais obrigações e flexibilização de direitos, em nome do interesse público.

De maneira direta, o julgamento proferido pela Ministra Eliana Calmon, do STJ, no Recurso Especial nº 804052, alicerça o entendimento da desnecessidade de fato antecedente comprovado:

“Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais.”

A lei presume que, pelo que acontece de ordinário, o enriquecimento ilícito, quando recaído sobre agente público, se deveu ao uso indevido do cargo público, ou em razão de outra atividade,

de, privada – lícita ou ilícita –, permitindo-se ao agente, todavia, a prova em contrário.

O interesse público, concretizado por meio do Estado, prevalece sobre o individual, pois o Estado não pode se colocar no mesmo plano do indivíduo singular. O indivíduo age por impulso, motivado por raiva, paixão, interesses, em defesa própria. Já o Estado tem a obrigação de agir de maneira mediata, reflexiva, racional<sup>45</sup>.

Em suma, a presente corrente não encontra guarida na maioria dos julgados, pois não faria sentido a presença do art.9º, inciso VII, da LIA, caso fosse necessário apresentar provas de fato antecedente. Inclusive as outras condutas, as *antecedentes*, já se encontram tipificadas como crimes, infrações administrativas típicas ou insertas no rol exemplificativo de atos de improbidade. A exigir-se a prova do ilícito antecedente, seria convertida em letra morta aquela disposição legal.

#### **4.2. Enriquecimento ilícito com presunção absoluta para a responsabilização administrativa**

Nessa corrente há os que defendem existir uma presunção absoluta no controvertido inciso VII do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa. Como exemplo, pode ser citado José Armando da Costa, que defende ser “de índole absoluta (*jure et de jure*) a presunção de enriquecimento do tipo político-disciplinar em comento”<sup>46</sup>.

Naturalmente, e até pela dificuldade de se aprofundar aquilo que é naturalmente raso, em um Estado Democrático

de Direito, a punição direta por possível enriquecimento ilícito não é absoluta. Certo que cederá se sopesados com outros interesses igualmente fundamentais – como o próprio interesse público, como se contorna o instrumento –, mas sem arranhar princípios ilustres ao Direito, como o contraditório e a ampla defesa.

O direito de defesa constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>47</sup>.

Em todo processo do tipo acusatório, em regimes democráticos, vigora o princípio do contraditório, sendo dogma constitucional inserido na Carta Política de 1988, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa contra quem se imputa algo, goza do direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que lhe atribui responsabilidade, para poder contrariá-la, evitando, assim, que possa ser condenado sem ser ouvido<sup>48</sup>.

O *princípio da garantia de defesa*, entre nós, está assegurado no inciso LV do art. 5º da CF (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), juntamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do Devido Processo Legal (CF, art. 5º, inciso LIV: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o Devido Processo Legal).

Fato é que a corrente em questão, ao negligenciar as especificidades de cada

caso, impondo uma única e invariável relação de identificação e punição direta, termina por se distanciar do princípio do contraditório, ferindo, no mesmo momento, o princípio da proporcionalidade, mormente no que tange às suas acepções de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ao assegurar o contraditório e a ampla defesa, a Constituição objetiva munir o litigante ou o acusado de efetivos instrumentos para influir na decisão final, de modo que esta represente a síntese de um diálogo, e não um monólogo<sup>49</sup>.

Isso posto, evidente se torna que a Administração Pública não tem o direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio, sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa<sup>50</sup>.

### **4.3. Enriquecimento ilícito com presunção relativa para a responsabilização administrativa**

O patrimônio desproporcional não pode ser considerado sinal de locupletamento ilícito insuscetível de prova em contrário, embora permita uma presunção legal. Infere-se que os bens desproporcionais à renda ou à normal evolução patrimonial do agente público, adquiridos no exercício do cargo, representam auferimento de vantagem indevida em razão desse exercício (caput do art. 9º) e, portanto, configuram ato de improbidade<sup>51</sup>. Será possível comprovar a legitimidade do acréscimo patrimonial como uma atividade ou investimento *extramuros* governamental.

Sem materialidade e autoria devidamente comprovadas por meio de robustas provas, fica comprometida qualquer apenação ao agente público, que tem em seu favor a presunção de inocência. Todavia, a materialidade é a desproporção, e a autoria é o agente público identificado com a desproporção.

Dessa maneira, caberá à Administração comprovar a aquisição de bens de valor desproporcional à sua renda. É esse o fato-base, o ônus da prova para a Administração.

Observe-se que a exigência de demonstração, por parte do agente público, da origem de seu patrimônio não implica inversão do ônus da prova no processo, pois a comunidade tem o direito de exigir de seus agentes a transparência de suas rendas. A prova produzida pela Administração é a que demonstra a desproporção entre o patrimônio e renda do agente.

Demonstrada a licitude da evolução patrimonial ou da renda do servidor público, cessa a justa causa da investigação, aqui se albergando uma presunção legal relativa (*juris tantum*). O professor Hely Lopes Meireles é adepto dessa corrente, apontando assim seu entendimento: “Quando desproporcional, o enriquecimento é presumido como ilícito, cabendo ao agente público a prova de que ele foi lícito, apontando a origem dos recursos necessários à aquisição”<sup>52</sup>.

A lei presume a ilegalidade do comportamento funcional do servidor que, no exercício do cargo, enriquece desproporcional e injustificadamente. A

relação com o cargo fica evidenciada por presunção legal.

Diante dos fatos, esse entendimento se molda o mais razoável e promove, de forma equilibrada, o temperamento na solução de suposta colisão de direitos fundamentais, de um lado o direito à privacidade e à presunção de inocência e, de outro, a vida, a moralidade pública, o patrimônio público e outros direitos previstos no texto constitucional.

Verificada a desproporção entre patrimônio e renda, tem-se a existência de uma presunção legal, reconhecida no processo penal, uma das fontes do processo administrativo disciplinar, empregada com frequência.

O caso de presunção legal ocorre quando a lei atribui caráter de veracidade e de existência a determinados fatos. A questão da presunção ser absoluta ou relativa está diretamente ligada ao ônus da prova. Sendo absoluta, caberá à parte que alegou o fato ou a quem esse interesse está dispensado prová-lo. Sendo relativa, caberá à parte *ex adversa* desconstituir a presunção, nos casos em que os fatos notórios não necessitam ser provados<sup>53</sup>. No caso, tem-se uma presunção relativa do enriquecimento ilícito, sendo a prova a desproporção entre renda e patrimônio.

Demonstrada a desproporção entre o patrimônio e a renda, a atribuição definitiva da responsabilidade deverá ser prescindida de defesa do agente público, para desfazer a presunção de fato. Mas esse ônus é do agente, não da Administração.



Em suma, a linha de interpretação da presente corrente é a que exige que a Administração comprove a desproporção do patrimônio do agente público com sua renda, presumindo-se a prática de infração anterior. Ao servidor incumbirá o ônus de comprovar a legitimidade de seu patrimônio.

## 5. Aparente conflito de princípios

Existe um aparente conflito entre direitos individuais e o direito do Estado de apenar agente público decorrente de enriquecimento ilícito, corolário da desnecessidade de comprovação de fato ilícito anterior.

O fundamento metapositivo do Direito é encontrado no seio do modelo de comunidade que se denomina comunidade de princípios, na qual seus membros, atuando como agentes morais, aceitam que são governados por princípios comuns, e não por regras forjadas em um compromisso político. Isso significa que não se está a tratar de uma comunidade geográfica ou linguística, tampouco de uma comunidade ligada por vínculos emocionais ou convencionais, mas sim de uma comunidade ligada por princípios de conduta compartilhados e endossados pelos cidadãos<sup>54</sup>.

O debate que se trava entre direitos individuais e interesse público vem na esteira das discussões interpretativas sobre quais os valores a sociedade tem como mais importantes em uma escala prioritária, pois “a mola do progresso não é a calma, mas o conflito”<sup>55</sup>.

Quebrar uma lógica de ação implica, no limite, mudar uma cultura, transformar hábitos, reformar condutas<sup>56</sup>.

O postulado do interesse público, remansosamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência como princípio, é condição para a aplicação das normas jurídicas em que o Estado seja parte. Umbilicalmente ligado a esse postulado tem-se o princípio da proporcionalidade, no qual o ponto de inflexão orienta a interpretação e a aplicação de normas, no sentido de acomodar os bens jurídicos em jogo, sem que se exclua totalmente um em prol da subsistência do outro. Ou seja, dentre as opções disponíveis, todas serão otimizadas em algum nível. Esse é o dever de ponderação, ao qual se liga o postulado do interesse público.

Interesse público, todavia, tem duas concepções<sup>57</sup>, uma *primária* e outra *secundária*. Pode-se entender o primeiro como a razão de ser do Estado, cabendo a ele promover a justiça, a segurança e o bem-estar social. Já a concepção *secundária* é caracterizada pelo interesse da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica. O interesse público *secundário* jamais desfrutará de supremacia a priori e abstrata em face do interesse do particular. Já o interesse público *primário* desfruta de supremacia, porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro de ponderação.

Os direitos e as garantias individuais não podem ser utilizados como um “escudo protetivo” para a prática de atividades ilícitas<sup>58</sup>. Eles são limitados por

outros direitos igualmente consagrados pela Carta Magna.

Ao contrário das regras, que são normas binárias, aplicadas segundo a lógica do “tudo ou nada”, os princípios têm uma dimensão de peso, sendo aplicados em maior ou menor grau, conforme juízos de ponderação formulados, tendo em conta outros princípios concorrentes e eventuais limitações à sua concretização<sup>59</sup>.

A Carta de 1988, ao redemocratizar o país, trouxe novas diretrizes ao relacionamento do Estado para com o cidadão, diretrizes essas que não de repercutir nas mais diversas esferas dessa relação, inclusive, e talvez principalmente, na relação processual.

Sempre que a própria Constituição ou a lei não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização<sup>59</sup>.

Caberá ao intérprete proceder à ponderação adequada, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto. A ideia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Tal concepção pressupõe que o aplicador do Direito assumam uma postura ativa e construtiva, caracterizada pelo esforço de interpretar o sistema de princípios como um todo coerente e harmônico, dotado de integridade.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, já aplicou a técnica de ponderação, instrumentalizada por meio do postulado da proporcionalidade. Confira-se trecho de decisão da lavra do Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Intervenção Federal 2.257-6/SP:

“O princípio da proporcionalidade representa um método geral para a solução de conflitos entre princípios...

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.”

Na maioria dos casos, nem a Constituição nem a lei realiza o juízo de ponderação por completo entre os interesses conflitantes. À Administração Pública incumbirá percorrer as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para encontrar o ponto de equilíbrio de justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas.

Uma liberdade fundamental só pode ser limitada ou negada em favor de uma outra ou de outras liberdades fundamentais, uma vez que são associadas ao valor liberdade, no sentido de autodeterminação do indivíduo<sup>61</sup>.

Ensina Raymundo Faoro, dissertando sobre a relação de poder do Estado frente o indivíduo:

“O indivíduo, de súdito, passa a cidadão, com a correspondente mudança de converter-se o Estado, de senhor a servidor, guarda da autonomia do homem livre. A liberdade pessoal, que compreende o poder de dispor da propriedade, de comerciar e produzir, de contratar e contestar, assume o primeiro papel, dogma de direito natural ou da soberania popular, reduzindo o aparelhamento estatal a um mecanismo de garantia do indivíduo. Somente a Lei, como expressão da vontade geral, institucionalizada, limitado o Estado a interferências estritamente previstas e mensuráveis na esfera individual, legítima as relações entre os dois setores agora rigidamente separados, controláveis pelas Leis e pelos Juízes.”<sup>62</sup>

Assim, antes que absolutos, os direitos e as garantias individuais, de maneira genérica, devem ser tidos como relativos, já que, conforme nos ensina Norberto Bobbio:

“O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas. (...) São bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. (...) O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns

casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras.”<sup>63</sup>

Essa interpretação doutrinária é a que tem encontrado guarida em decisões judiciais, no que atina ao aspecto da possibilidade de punição de servidor (interesse público) por enriquecimento ilícito (direitos individuais), exemplificada no julgamento do Mandado de Segurança nº 12.536-DF, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), relatado pela Ministra Laurita Vaz, a qual assevera:

“É sim passível de punição na esfera administrativa, inclusive com a pena máxima de demissão, mormente como no caso em apreço em que o servidor, Auditor Fiscal da Receita Federal, apresenta enriquecimento ilícito, por acumular bens desproporcionais à evolução do patrimônio e da renda, remetendo significativo numerário para conta em banco na Suíça.”

O professor Jorge Hage, em acurada análise sobre a fragilidade dos normativos de defesa do Estado frente às garantias, tendo como motivo a impunidade, concluiu da seguinte maneira:

“Cumprir lembrar que já é hora de deixar de pensar as regras de Direito Administrativo e do Direito Processual Penal com aquele viés garantista exacerbado, que desempenhou papel fundamental, e até heróico, nos tempo da ditadura, em décadas passadas, mas que não tem lugar hoje, em tempos de democracia plena, no pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito, onde o verdadeiro eixo do problema da persecução criminal ou administrativa se deslocou já para outras questões, dentre as quais se destaca a

notória fragilidade do estado e de seu aparato jurídico-administrativo para enfrentar o crime, a corrupção e a improbidade; e é isso – e não um Estado forte – o que hoje ameaça a própria credibilidade, continuidade e solidez da democracia conquistada.”<sup>64</sup>

Em maré a favor desse pensamento, há a proclamação da superioridade do interesse da coletividade, entendido como interesse público *primário*, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e do asseguramento deste último<sup>65</sup>.

Segundo a concepção dominante, o interesse público seria o “interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade”<sup>66</sup>.

Ressalte-se que a identificação do interesse que deverá prevalecer há de ser feita mediante uma ponderação proporcional dos interesses em conflito, conforme as circunstâncias do caso concreto. O Estado Democrático de Direito deve proteger e promover tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade.

A lei democrática opera de forma complementar ao sistema de direitos fundamentais, concretizando, ampliando ou restringindo tais direitos, seja em prol de outros direitos fundamentais, seja em proveito de interesses difusos da comunidade<sup>67</sup>.

Cuida-se, em suma, de uma constitucionalização do conceito de interesse público, em que qualquer prevalência

deva ser sempre analisada com o caso real, passando a constituir o núcleo concreto e em perspectiva da atividade administrativa. À Administração Pública cumpre a tarefa de demonstrar, com o instrumento da *ponderação*, que a promoção do fim perseguido pela norma justifica o grau de restrição imposto a outros princípios. Os argumentos são de ordem qualitativa ou axiológica, e não necessariamente quantitativa.

## Conclusão

Confiar na humanidade sempre se revelou um exercício muito arriscado, por isso mecanismos de controle foram e são criados a todo momento para impedir que os homens públicos pratiquem a corrupção<sup>68</sup>.

A corrupção é um fator fundamental na desagregação social e política da sociedade, enfraquecendo a ética e causando graves problemas sociais, sendo responsável pela situação de miséria e pobreza da população e contribuindo ativamente para o enfraquecimento da democracia<sup>69</sup>.

O quadro apresentado neste artigo revela o cipoal que se vem formando, na tentativa de punir as condutas atentatórias à probidade administrativa. Contudo, nesse labirinto de interpretações – farto e confuso em disposições de direito material, mas pobre e lacônico em regras processuais –, coibir irregularidades, como a com base em presunção legal, torna-se um trabalho hercúleo. A confusão facilita o encontro de escapatórias as mais diversas, a pretexto de diferentes leituras do conjunto normativo.

Todo o aparato jurídico, quando não reflete as efetivas condições sociais, políticas e econômicas, tende a avolumar leis. É isso que se quer evitar que aconteça com o inciso VII do art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa, não caminhando para o precipício do rol de “letra morta”.

Este artigo procurou discutir a efetividade da norma sobre enriquecimento ilícito a partir de três diferentes perspectivas de análise. Nesse sentido, o termo foi definido de acordo com o enfoque de posição entre direito individual, interesse público e ponderação de direitos. A discussão coloca o enriquecimento ilícito não com o peso de se inverter o ônus da prova, mas sob o prisma da presunção legal e da comprovação da desproporção entre patrimônio e renda, responsável por garantir uma das formas de se efetivar o combate ao enriquecimento ilícito, sem necessidade de ilícito antecedente.

O enriquecimento ilícito, na primeira perspectiva, é visto sob o enfoque da necessidade de existir um fato antecedente que acarreta o ilícito, argumento desconstruído por ser o fato-base a comprovação da desproporção. Da segunda perspectiva, a comprovação da desproporção já seria suficiente para a punição do servidor, também rebatida com a necessidade de se efetivarem os princípios do contraditório e da ampla defesa. Por derradeiro, a terceira e última perspectiva, balizada na doutrina e na jurisprudência, tangencia as outras duas, mediando o extremo de se comprovar o fato causador do enriquecimento ilícito e a abertura de defesa ao agente público para demonstrar a licitude da desproporção.

Portanto, técnicas são criadas para se efetivar a norma. O combate ao enriquecimento ilícito surge, então, como uma resposta à passividade do Estado frente às técnicas, sempre em evolução, de pilhagem do Estado, e vem mostrar que uma reflexão nesse nível é, além de pertinente, imperiosa.

Nesse espectro, as colisões de direitos fundamentais são regras, em razão do esforço da Administração de se proteger contra métodos cada vez mais sofisticados de espolamento do patrimônio público, motivo pelo qual as interpretações normativas, pelos agentes públicos, têm de ser seguras e intransigentes com a aplicação da regra da proporcionalidade e de suas ponderações, em especial a regra da proporcionalidade em sentido estrito, para a defesa do interesse público *primário*.

O que se chamará interesse público é o resultado final do jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais.

Ao aplicador competirá estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder o foco na prevalência daquele, inclusive para subsistência deste.

O jurista não deve ter apenas uma leitura sem preconceito. Deve buscar sempre o fundamento político-social que não apenas justifique a norma, como também lhe confira a razão de se tornar mais efetiva para gerações futuras.

## Referências Bibliográficas

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O enriquecimento injusto como princípio geral do Direito Administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

COSTA, José Armando. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 13ª Edição. São Paulo: Janeiro, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. Curso de derecho administrativo. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998. Tomo II.

FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder. Formação do patronato político brasileiro. 4 Edição. São Paulo: Globo, 2008.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal: Parte Geral: Teoria Constitucionalista do Delito, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

HOBBS, Thomas. Leviatã. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes. Novembro, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARTINS, José Antônio. Corrupção. São Paulo: Globo, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade de presumir-se depósitos bancários como enriquecimento ilícito do agente público para fins de improbidade administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1031, 28 abr. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8224>

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIKKELSEN-LOTH, Jorge Federico. Enriquecimiento Ilícito: El Desafío para la Ciencia Jurídico-Penal em la Sociedad Actual de Enfrentar a la Corrupción em La Administración Pública, Buenos Aires: La Ley S.A. 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade Administrativa. 2ª Ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Atlas, 2002.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

PODVAL, Roberto. Corrupção : uma crítica da razão punitiva. In: Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões,

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 373-413.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal, *Lumun Juris*, 2002.

SILVA JÚNIOR, Ary Ramos da. Neoliberalismo e Corrupção: análise comparativa dos ajustes neoliberais no Brasil de Fernando Collor e no México de Carlos Salinas. O incremento da corrupção e seus custos sociais. 2006, 300p. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Ciências e Letras, Campus de Araraquara, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”.

ZAFFARONI, EUGENIO RAUL. Em Busca das Penas Perdidas, 5ª Edição, São Paulo: Editora REVAN, 2001.

1 FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008.

2 FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008, p. 93.

3 FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008, p. 98.

4 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pag. 260/261.

5 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004. p. 57.

6 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, pag. 292.

7 MARTINS, José Antônio. Corrupção. São Paulo: Globo, 2008, p. 23/24.

8 MARTINS, José Antônio. Corrupção. São Paulo: Globo, 2008, p. 46.

9 BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 24.

10 COSTA, José Armando. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 97

11 HOBBS, Thomas. Leviatã. 1ª Edição. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 113

12 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004, p. 115.

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 13a Edição. São Paulo: Malheiros Editores. Janeiro, 2008, p. 198.

14 DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 13a Edição. São Paulo: Malheiros Editores Janeiro, 2008, p. 199.

15 FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2008, p.81.

16 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em Busca das Penas Perdidas, 5ª Edição, São Paulo: Editora REVAN, 2001, p. 27.

17 SILVA JÚNIOR, Ary Ramos da. Neoliberalismo e Corrupção: análise comparativa dos ajustes neoliberais no Brasil de Fernando Collor e no México de Carlos Salinas. O incremento da corrupção e seus custos sociais. 2006, Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Ciências e Letras, Campus de Araraquara, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, p. 97.

18 COSTA, José Armando. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 95.

19 BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 49.

20 DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 13a Edição. São Paulo: Janeiro, 2008, p. 237.

21 SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na constituição federal, *Lumun Juris*, 2002.

22 COSTA, José Armando. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 113.

23 BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 229.

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 13a Edição. São Paulo: Malheiros Editores. Janeiro, 2008, p. 241.



- 25 COSTA, José Armando. Direito Administrativo Disciplinar 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 202.
- 26 MARTINS, José Antônio. Corrupção. São Paulo: Globo, 2008, p. 51.
- 27 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122.
- 28 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramon. Curso de derecho administrativo. 5. ed. Madrid: Civitas, 1998. Tomo II. pp. 165-166.
- 29 Tipo: tipo é a descrição abstrata de uma determinada forma de ofensa a um bem jurídico (GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal: Parte Geral: Teoria Constitucionalista do Delito, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 65).
- 30 MIKKELSEN-LOTH, Jorge Federico. Enriquecimiento Ilícito: El Desafío para la Ciencia Jurídico-Penal em la Sociedad Actual de Enfrentar a la Corrupción em La Administración Pública, Buenos Aires: La Ley S.A. 2001, p. 3.
- 31 COSTA, José Armando. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 113.
- 32 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 16.
- 33 OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade Administrativa. 2ª Ed. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 61.
- 34 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 18.
- 35 PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. São Paulo: Atlas, 2002, p. 67.
- 36 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 233
- 37 BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 75.
- 38 BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 228/229.
- 39 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 325.
- 40 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004, p. 73.
- 41 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade de presumir-se depósitos bancários como enriquecimento ilícito do agente público para fins de improbidade administrativa. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1031, 28 abr. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8224> Consultado em 02.09.2008
- 42 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2001, p. 126.
- 43 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade de presumir-se ... Ob. cit.
- 44 Parecer PGFN/CDI/Nº 1433/2006, item 31, de 11.07.2006
- 45 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004, p. 181.
- 46 COSTA, José Armando. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. 2ª Edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 114
- 47 HC 89.176, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 22-8-06, DJ de 22-9-06
- 48 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol. 1. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 49.
- 49 BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 50 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 590.
- 51 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 327.

- 52 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 424.
- 53 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 261.
- 54 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 53/54.
- 55 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004, p. 145.
- 56 MARTINS, José Antônio. *Corrupção*. São Paulo: Globo, 2008, p. 69.
- 57 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 58 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 59.
- 59 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31.
- 60 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 141.
- 61 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 52
- 62 FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder. Formação do patronato político brasileiro*. 4 Edição. São Paulo: Globo, 2008, p. 820
- 63 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004, pps. 38, 40 e 42.
- 64 Seminário "Improbidade Administrativa e Enriquecimento Ilícito", Brasília, outubro/2005.
- 65 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.
- 66 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53.
- 67 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 76.
- 68 MARTINS, José Antônio. *Corrupção*. São Paulo: Globo, 2008, p. 42.
- 69 SILVA JÚNIOR, Ary Ramos da. *Neoliberalismo e Corrupção: análise comparativa dos ajustes neoliberais no Brasil de Fernando Collor e no México de Carlos Salinas. O incremento da corrupção e seus custos sociais*. 2006, 300p. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Ciências e Letras, Campus de Araraquara, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", p. 275.

# Regras para submissão de artigos à Revista da CGU

A CGU aceita contribuições de pesquisadores, estudantes, profissionais ligados à área de controle e interessados em temas ligados à corrupção. Os artigos são publicados após análise e seleção. O objetivo é garantir a qualidade do conteúdo informativo, de forma a tornar a Revista da CGU um instrumento útil e orientador para todos aqueles comprometidos com a boa gestão de recursos públicos.

Os artigos serão analisados quanto ao conteúdo; à compatibilidade com a linha editorial; aos objetivos da Revista; e à forma de apresentação (qualidade e objetividade). Somente serão aceitos artigos inéditos e em português brasileiro.

Os trabalhos deverão ser elaborados contendo:

- Título
- Nome completo do autor
- Titulação e cargo que ocupa atualmente (máximo 180 caracteres)
- Endereço completo, telefone, e-mail
- Resumo de no máximo 15 linhas e indicação de três palavras-chave
- Texto
- Bibliografia

O formato dos textos deve seguir as seguintes orientações:

## 1) Organização dos textos

Os textos, incluindo as referências, devem ser digitados em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento simples entre as linhas. A primeira linha dos parágrafos deve ser sem recuo e deverá haver um espaço de uma linha entre um parágrafo e outro. Os títulos e subtítulos devem estar em negrito. O texto deverá ter entre 7 mil e 35 mil caracteres, o que corresponde a, aproximadamente, 3 a 15 páginas editadas da revista. Pedese aos autores que evitem notas de rodapé. Caso necessário, elas não devem ultrapassar 210 caracteres.

O formato do papel deve ser A4 (21 x 29,7 cm), com margens esquerda e direita de

3,0 cm e superior e inferior de 2,5 cm. As páginas devem ser numeradas consecutivamente. A folha inicial deve conter o título do artigo, nome completo, titulação acadêmica, vinculação departamental e institucional, e-mail, telefone e endereço completo do autor.

## 2) Referências bibliográficas

As referências devem, preferencialmente, restringir-se às citações no texto, sendo numeradas consecutivamente pela ordem de aparição no texto, no final do artigo.

## 3) Envio

O texto deve ser enviado para o e-mail revista@cgu.gov.br, em editor de texto, em qualquer versão atualmente em uso.

## 4) Quadros e imagens

Cada quadro (tabela) deve ser feito em folha separada e não pode ser apresentado sob forma de imagem. Sua numeração, seqüencial, deve obedecer à ordem da primeira citação do texto, com breve título. Cada coluna deve ter um título curto e abreviado. As notas explicativas e as abreviaturas não padronizadas utilizadas devem ser colocadas detalhadas em rodapé. Para assinalar as notas de rodapé, usar asteriscos, por esta ordem: \*, \*\*, \*\*\* etc.

As imagens devem ser digitalizadas com resolução de 300 DPIs ou superior, e no mesmo tamanho a ser utilizado na publicação.

## 5) Seleção e publicação

O exame e a seleção do material a ser publicado na Revista CGU serão definidos de acordo com a compatibilidade em relação à linha editorial definida pelos editores, o enriquecimento do estudo a respeito de temas de trabalho e a qualidade e objetividade do texto produzido. A aprovação e posterior publicação dos trabalhos não darão aos autores direito de receber qualquer retribuição financeira, ficando resguardados os direitos autorais sob a forma da lei. Os textos aprovados, no que concerne ao seu conteúdo, não serão alterados pelos editores da Revista, uma vez que os conceitos e opiniões emitidas em trabalhos doutrinários assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. Caso necessário, será realizada revisão ortográfica e gramatical nos artigos.

Esta Obra foi impressa pela Imprensa Nacional.  
SIG, Quadra 6, lote 800, 70.610-460. Brasília - DF.

